

**Die Verfassungsproblematik eines
Kartellverbotes**

Dieter Helm

1958

Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbotes

*

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung des Doktor-Grades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

*



vorgelegt von
Dieter Helm
Gerichtsreferendar
aus Frankfurt am Main

1958

Erstgutachter: Professor Dr. Ridder

Zweitgutachter: Professor Dr. Böhm

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1958

Inhaltsverzeichnis

A = Literaturverzeichnis

B = Abkürzungsverzeichnis

C = Text

I.	Gegenstand der Untersuchung	17
II.	Zum Wesen der Kartelle, marktregelnden Absprachen und marktbeherrschenden Unternehmen	18
	1. Die Kartelle	18
	2. Die marktregelnden Absprachen	19
	3. Die marktbeherrschenden Unternehmen	20
III.	Die geschichtliche Entwicklung des Kartellrechts in Deutschland	20
	1. Das Kartellrecht zur Zeit der Bismarck'schen Reichsverfassung	20
	2. Das Kartellrecht in der Weimarer Republik	20
	3. Das Kartellrecht in der NS-Zeit	21
	4. Das Kartellrecht in der Besatzungszeit	21
IV.	Die Grundkonzeptionen einer Verbots- und Mißbrauchsgesetzgebung	21
	1. Das Wesen des Wettbewerbs nach den Lehren der Freiburger Schule	21
	2. Die Grundprinzipien der Verbotsgesetzgebung	23
	3. Die Grundlagen des Mißbrauchsprinzips	24
V.	Die verfassungsrechtlichen Angriffe gegen die Zulässigkeit eines Verbotsgesetzes	24
	1. Aus Art. 2 GG	25
	2. Aus Art. 9 GG	25
	3. Aus Art. 3 GG	25
	4. Aus Art. 14 GG	26
	5. Aus Art. 74, Ziff. 16 GG	26
VI.	Die Argumentation der Kartellgegner	26
	1. Zu Art. 2 GG	26
	2. Zu Art. 9 GG	26
	3. Argumente aus dem Sozialstaatsprinzip	26
	4. Der Stand der Diskussion	26

VII.	Kartellverbot und Vertragsfreiheit	28
	1. Der Inhalt der Vertragsfreiheit	28
	2. Vertragsfreiheit und Art. 2 GG nach Lehre und Rechtsprechung	28
	3. Stellungnahme zur herrschenden Lehre über die Geltung des Art. 2 GG im Bereich der Wirtschaft	30
	4. Das Verhältnis des Art. 2 GG zu den anderen Einzelgrundrechten	31
	5. Die Zulässigkeit gesetzlicher Eingriffe in Grundrechte	32
	6. Die Vertragsfreiheit im Bonner Grundgesetz	37
	7. Die Vertragsfreiheit auf den einzelnen Rechtsgebieten	39
	8. Kartellabreden und Vertragsfreiheit	42
	9. Die Erwähnung des Art. 12 im Verbotsgesetz gem. Art. 19, Abs. 1 GG	44
VIII.	a) Kartellverbot und Eigentumsgarantie	45
	b) Kartellverbot und Art. 74, Ziffer 16 GG	46
IX.	Kartelle und Vereinigungsfreiheit	46
	1. Die Kartelle als Vereinigungen im Sinne von Art. 9, Abs. 1 GG	47
	2. Kartelle und Koalitionsrecht	47
	3. Kartelle und das Prinzip der Völkerverständigung	49
	4. Kartelle und Strafgesetz	50
	5. Kartelle und verfassungsmäßige Ordnung	50
	6. Kartelle und Sittenwidrigkeit	55
	7. Kartelle und negative Koalitionsfreiheit	56
	8. Kartellvereinigungen und Art. 12 GG	56
	9. Kartelle und Rechte anderer	56
X.	Die Drittwirkung der Grundrechte	57
	1. Das Wesen der Grundrechte der Bismarck'schen Reichsverfassung und der Weimarer Verfassung	58
	2. Die Unzulänglichkeit des Grundrechtsschutzes nur gegen den Staat	58
	3. Stimmen für eine Drittwirkung der Grundrechte	59
	4. Stimmen gegen eine Drittwirkung der Grundrechte	60
	5. Abwägung der Argumente	62
XI.	Die Bedeutung der Sozialstaatsklausel	65
	1. Der Sozialstaatsbegriff in der Literatur	65
	2. Eigene Stellungnahme	66

XII.	Die Begründung der „Drittwirkung“ aus den Prinzipien der Menschenwürde und der Sozialstaatlichkeit	68
	1. Zu dem Argument der historischen Entwicklung der Grundrechte	69
	2. Drittwirkung nur für Freiheitsrechte	70
	3. Mittelbare oder unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte	70
	4. Vertraglicher Verzicht auf die Geltendmachung von Grundrechten	71
	5. Drittwirkung und Verwirkung von Grundrechten . . .	73
XIII.	Kartelle verstoßen generell gegen die Grundrechte anderer aus Art. 12 bzw. Art. 2 GG	73
	1. Die Geltung des Art. 12 für juristische Personen . . .	74
	2. Kartelle und Art. 12 GG	74
	3. Kartelle und Art. 2 GG	76
XIV.	Die Abwägung des Art. 9 GG gegenüber den Art. 12 und 2 GG in der Kartellfrage	77
XV.	Kartellverbot und Art. 3 GG	78
	1. Die ungleiche Behandlung der verschiedenen Kartellarten	78
	2. Die ungleiche Behandlung der Kartelle und marktbeherrschenden Unternehmen	78
XVI.	Kartellverbot und Sozialstaatsprinzip	79
XVII.	Zusammenfassung	82

A

Literaturverzeichnis

- Abendroth, Wolfgang**
Zwiespältiges Verfassungsrecht in Deutschland – in: AöR 76, 1950/51, S. 1 ff.
- Andrae, Wilhelm**
Wettbewerb und Wirtschaftsordnung – in: WuW 1953, S. 396 ff.
- Anschütz, Gerhard**
Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919,
14. Auflage, Berlin 1933
- Apel, Willibald**
Die Gleichheit vor dem Gesetz nach Art. 3, Abs. 1 des Grundgesetzes,
in: JZ 1951, S. 353 ff.
- Bachof, Otto**
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates – in: VVDStRL 12, 1954, S. 37 ff.
- Ballerstedt, Kurt**
Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung – in: AöR 74, 1948, S. 129 ff.
- Ballerstedt, Kurt**
Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit – in: DOV 1951, S. 159 ff.
- Ballerstedt, Kurt**
Unternehmen und Wirtschaftsverfassung – in: JZ 1951, S. 486 ff.
- Baumbach-Hefermehl**
Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 7. Aufl., 1956
- Becker, Hans Joachim**
Zum Grundrecht der freien Berufswahl – in: NJW 1955, S. 1737 ff.
- Beitzke, Günther**
Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsrecht – in: RdA 1953, S. 281 ff.
- Beitzke, Günther**
Gleichheit von Mann und Frau – in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, „Die Grundrechte“, 2. Band, Berlin 1954, S. 199 ff.
- Benisch, Werner**
Ist das Kartellverbot grundgesetzwidrig? – in: Betr. 1956, S. 37 ff.
- Benisch, Werner**
Wettbewerbsregeln der „grauen Zone“ – in: WuW 1956, S. 643 ff.
- Benkendorff, Gerhard**
Freies Ermessen als rechtsstaatliches Problem im deutschen Kartellgesetzentwurf –
in: WuW 1951/52, S. 819 ff.
- Benkendorff, Gerhard**
Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Kartellverbots – in: WRP 1955, S. 232 ff.
- von Beringe**
Störungsfaktor oder organische Wirtschaftsform? Ein Beitrag zur Kartelldiskussion.
in: Betr. 1954, S. 428 ff.
- Bienckopf, Kurt**
Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots – in: BB 1956, S. 473 ff.
- Bienckopf, Kurt**
Grundgesetz und Kartellverbot – in: BB 1956, S. 974 ff.
- Bischoff, H. A.**
Der Frauenlohn – in: BB 1950, S. 427 f.
- Böhm, Franz**
Aufgaben der freien Marktwirtschaft – München 1951
- Böhm, Franz**
Kartellauflösung und Konzernentflechtung – in: SJZ 1947, S. 495 ff.
- Böhm, Franz**
Kartelle und Koalitionsfreiheit – Berlin 1933
- Böhm, Franz**
Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische
Leistung – Stuttgart und Berlin 1937 – zit.: Die Ordnung der Wirtschaft.
- Böhm, Franz**
Das Reichsgericht und die Kartelle – in: Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von
Wirtschaft und Gesellschaft, Band 1, 1948, S. 197 ff.
- Böhm, Franz**
Verstößt ein gesetzliches Kartellverbot gegen das Grundgesetz?
in: WuW 1956, S. 173 ff.

- Böhm, Franz
Wettbewerb und Monopolkampf – Berlin 1933
- Böhm, Franz
Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung – in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 153–154, Tübingen 1950.
- Bosch-Habscheid
Vertragspflicht und Gewissenskonflikt – in: JZ 1954, S. 213 ff.
- Bosch-Habscheid
Vertragspflicht und Gewissenskonflikt – in: JZ 1956, S. 297 ff.
- Brill, Hermann L.
Die Grundrechte als Rechtsproblem – in: DOV 1948, S. 54 ff.
- Brunn, Johann Heinrich von
Gedanken und Erfahrungen zum Recht der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen – in: Giese - v. Brunn, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, Frankfurt 1950.
- Brunn, Johann Heinrich von
Die wettbewerbsläuternde Vereinbarung – in: Festschrift für Rudolf Isay, Köln-Berlin 1956, S. 167 ff.
- Carr, Robert K.
Federal Protection of Civil Rights, New York 1947
- Coing, Helmut
Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts – in: SJZ 1947, S. 641 ff.
- Coing, Helmut
Grundzüge der Rechtsphilosophie – Berlin 1950
- Cooper, Alexander
Der Kartellgesetzentwurf – in: JR 1957, S. 208 ff.
- Darmstaedter, F.
Freie Berufswahl im Handel – in: BB 1956, S. 665 ff.
- Darmstaedter, F.
Die Geltung der Grundrechte heute – in: BB 1957, S. 1 ff.
- Dennewitz (Herausgeber)
Kommentar zum Bonner Grundgesetz, ab 1950 – zit.: Bonner Kommentar.
- v. Doemming-Füßlein-Matz
Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes – in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts, N. F., Band 1, 1951
- Dürig, Günter
Anmerkung zum Urteil des BVerfG. vom 16. 1. 1957 – in: JZ 1957, S. 169 ff.
- Dürig, Günter
Freizügigkeit – in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, „Die Grundrechte“, 2. Band, Berlin 1954, S. 507 ff.
- Dürig, Günter
Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde – in: AöR 81, 1956, S. 117 ff.
- Dürig, Günter
Grundrechte und Zivilrechtsprechung – in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, München 1956, Seite 157 ff.
- Dürig, Günter
Art. 2 des Grundgesetzes und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen – in: AöR 79, 1953/54, S. 57 ff.
- Dürig, Günter
Art. 9 Grundgesetz in der Kartellproblematik – in: NJW 1955, S. 729 ff.
- Dürig, Günter
Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat – in: JZ 1953, S. 193 ff.
- Enneccerus-Nipperdey
Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Erster Halbband, 14. Aufl., Tübingen 1952, zit.: Allgemeiner Teil.
- Eucken, Walter
Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung – in: Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Band, 1949, S. 1 ff.
- Fechner, Erich
Freiheit und Zwang im Sozialen Rechtsstaat – in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 174, Tübingen 1953
- Fechner, Erich
Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht – in: RdA 1955, S. 161 ff.
- Fechner, Erich
Die soziologische Grenze der Grundrechte – in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 177, Tübingen 1954
- Fikentscher, Wolfgang
Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945 – 1954 – in: WuW 1955, S. 205 ff.
- Fischer, Erwin
Deine Rechte im Staat – 4. Aufl., Frankfurt – Berlin 1953

- Flume, Werner
Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag – in: WuW 1956, S. 457 ff.
- Födisch, Ralf A.
Freiheit und Zwang im geltenden Koalitionsrecht – in: RdA 1955, S. 88 ff.
- Forsthoff, Ernst
Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates – in: VVDStRL 12, 1954, S. 18 ff.
- Forsthoff, Ernst
Verfassungsprobleme des Sozialstaates – Münster i. W. 1954
- Forsthoff, Ernst
Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Investitionshilfe – in: BB 1953, S. 421 ff.
- Friedländer, Heinrich E.
Konzernrecht – 2. Auflage, Berlin und Frankfurt 1954
- Friesenhahn, Ernst
Die politischen Grundlagen des Bonner Grundgesetzes – in: Recht-Staat-Wirtschaft, Band 2, 1950, S. 164 ff.
- Füßlein, Rudolf Werner
Vereins- und Versammlungsfreiheit – in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, „Die Grundrechte“, Band 2, Berlin 1954, S. 425 ff.
- v. Gamm
Zur praktischen Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,
in: NJW 1955, S. 1826 f.
- Gebauer, Werner
Eigentumspolitische Probleme unserer Wirtschaftsverfassung – in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, S. 317 ff., München 1956
- Geiger, Willi
Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung – Köln-Berlin 1955
- Geiger, Willi
Kommentar zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht – Berlin-Frankfurt 1952
- Gerber, Hans
Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes – in: AöR 81, 1956, S. 1 ff.
- Giese, Friedrich
Grundgesetzliche Schranken bei Bekämpfung des Kartellmißbrauchs,
in: NJW 1950, S. 336
- Giese, Friedrich
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – 4. Aufl., Frankfurt 1955
- Giese, Friedrich
Grundrechtliche Freiheit zum Abschluß wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen,
in: Giese - v. Brunn, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, Frankfurt 1950
- Giese, Friedrich
Staatsrecht – Wiesbaden 1956
- Gleiss, A.
Betrachtungen zu dem Problem Wettbewerb und Marktbeherrschung,
in: MDR 1954, S. 659 f.
- Gleiss-Fikentscher
Weitergeltung des Dekartellierungsrechts – in: WuW 1955, S. 525 ff.
- Grewe, Wilhelm
Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes – in: DRZ 1949, S. 349 ff.
- Grewe, Wilhelm
Der Schutz der Menschenrechte in Deutschland – in: Beiträge zur Rechtsforschung, Berlin – Tübingen 1950, S. 206 ff.
- Günther, Eberhard
Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung – in: BB 1950, S. 297 ff.
- Haas, Diether
Freie Entfaltung der Persönlichkeit – in: DÖV 1954, S. 70 ff.
- Habscheid, Walter
Vertragliche Wettbewerbsverbote – in: WuW 1954, S. 404 ff.
- Hamann, Andreas
Die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung im wirtschaftlichen Bereich,
in: BB 1955, S. 105 ff.
- Hamann, Andreas
Um die Gewerbefreiheit – in: BB 1956, S. 23 ff.
- Hamann, Andreas
Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Berlin 1956,
zit.: Hamann, Grundgesetz
- Hamann, Andreas
Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung – Heidelberg 1953
- Hamann, Andreas
Die verfassungsmäßige Ordnung – in: BB 1957, S. 229 ff.
- Hamann, Andreas
Nochmals: Die verfassungsmäßige Ordnung – in: BB 1957, S. 343 ff.
- Hamann, Andreas
Wirtschaftslenkung und Grundgesetz – in: BB 1951, S. 341 ff.

- Hamel, Walter
Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat – Berlin 1957.
zit.: Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte
- Häntzschel, Kurt
Das Recht der freien Meinungsäußerung – in: Anschütz – Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Band, Tübingen 1932, S. 651 ff.
- Haußleiter, Otto
Beruf und Gewerbe nach dem Bonner Grundgesetz – in: DOV 1952, S. 496 ff.
- Hausmann, Frederick
Das Dilemma eines deutschen Antitrustgesetzes – Bern 1955
- Hausmann, Josef
Übermaß und Mitte in der „sozialen Marktwirtschaft“ – in: BB 1954, S. 813 ff.
- Hefermehl, Wolfgang
Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts – in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, S. 283 ff. – München – Berlin 1955
- Hofmann, Josef
Wettbewerbsbeschränkungen und Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 des Bonner Grundgesetzes – Jur. Diss., Mainz 1953
- Huber, Ernst Rudolf
Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht – in: DOV 1956, S. 97 ff., 135 ff., 173 ff., 200 ff.
- Huber, Ernst Rudolf
Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots,
veröffentl. vom Wirtschaftsverband Stahlverformung, 1955
- Huber, Ernst Rudolf
Wirtschaftsverwaltungsrecht – 2. Aufl., Tübingen 1953/54
- Huber, Hans
Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen – in: ZSR 1955, S. 173 ff.
- Huber, Hans
Soziale Verfassungsrechte? – in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Zürich 1948, S. 149 ff.
- Ipsen, Hans Peter
Enteignung und Sozialisierung – in: VVDStRL 10, 1952, S. 74 ff.
- Ipsen, Hans Peter
Gleichheit – in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, „Die Grundrechte“, 2. Band, Berlin 1954, S. 111 ff.
- Ipsen, Hans Peter
Rechtsfragen der Investitionshilfe – in: AöR 78, 1952/53, S. 284 ff.
- Ipsen, Hans Peter
Verfassungsfragen zur Handwerksordnung – in: DVBl. 1956, S. 258 ff.
- Ipsen, Hans Peter
Über das Grundgesetz – Hamburg 1950
- Isay, Rudolf
Der Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
in: NJW 1955, S. 361 ff.
- Isay, Rudolf
Entwurf eines Gesetzes zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen – Köln-Berlin 1954 – zit.: Entwurf
- Isay, Rudolf
Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen – Berlin 1955
- Isay, Rudolf
Wirtschaftliche und rechtliche Konsequenzen des Böhm-Entwurfs,
in: WuW 1955, S. 339 ff.
- Jellinek, W.
Die Entlohnung der Frau und Art. 3, Abs. 2 des Grundgesetzes,
in: BB 1950, S. 425 ff.
- Jerusalem, Franz W.
Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes und ihre Durchsetzung in der Rechtsprechung – in: SJZ 1950, S. 1 ff.
- Katzler, Carl von
Kartell-Fibel – Köln 1955
- Klein, Franz
Weltanschauung des Arbeitgebers und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis,
in: BB 1956, S. 755
- Klein, Friedrich
Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat – in: ZStW, 106. Band, 1950, S. 390 ff.
- Kleinrahm, Kurt
Bedürfnisprüfung und Grundgesetz – in: DV 1949, S. 537 ff.
- Klug, Oskar
Der Streit um die Kartelle und Konzerne – Frankfurt 1953

- Knolle, R.**
Arbeitsbedingungen der Frau und Grundrechte – in: BB 1949, S. 451 f.
- Koellreutter, Otto**
Deutsches Staatsrecht – Stuttgart-Köln 1953
- Krause, Hermann**
Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates,
in: BB 1955, S. 265 ff.
- Krawielicki, Robert**
Kartellgesetz und Koalitionsfreiheit – in: DÖV 1950, S. 357 ff.
- Krüger, Herbert**
Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz,
in: DVBl 1950, S. 625 ff.
- Krüger, Herbert**
Grundgesetz und Kartellgesetzgebung – Göttingen 1950
- Krüger, Herbert**
Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken,
in: NJW 1955, S. 201 ff.
- Krüger, Herbert**
Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung – in: DVBl. 1951, S. 361 ff.
- Krüger, Herbert**
Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung – in: NJW 1949, S. 163 ff.
- Krüger, Herbert**
Der Wesensgehalt der Grundrechte i. S. des Art. 19 GG – in: DÖV 1955, S. 597 ff.
- Krüger, Herbert**
Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat – in: BB 1953, S. 565 ff.
- Krüger, Hildegard**
Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht,
in: RdA 1954, S. 365 ff.
- Krüger, Hildegard**
Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt – in: FamRZ 1956, S. 329 ff.
- Kuchtner**
Vereinbarkeit der Handwerksordnung (§§ 1, 7 Absatz 1 und 2) mit dem Grundgesetz – in: WuW 1957, S. 101 ff.
- Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler**
Kommentar zur Gewerbeordnung – 11. Aufl., München-Berlin 1956, 1. Band,
zit.: Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung
- Lasally, Oswald**
Schranken der Grundrechte – in: MDR 1953, S. 76 f.
- Laufke, Franz**
Vertragsfreiheit und Grundgesetz – in: Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956,
Band I, S. 145 ff.
- Lechner, Hans**
Bundesverfassungsgerichtsgesetz – München-Berlin 1954
- Lehnich, Oswald**
Die Wettbewerbsbeschränkung – Köln-Berlin 1956
- Loppusch, Siegfried**
Zur Freiheit der Berufswahl und Beschränkung der Berufsausübung
in: DÖV 1951, S. 123 ff.
- Mallmann, W.**
Menschenwürde und gute Sitten – in: JZ 1951, S. 27 f.
- Mangoldt, Hermann von**
Das Bonner Grundgesetz – Berlin-Frankfurt 1953
- Mangoldt, Hermann von**
Die Grundrechte – in: DÖV 1949, S. 261 ff.
- Mangoldt, Hermann von**
Grundrechte und Grundsatzfragen des Bonner Grundgesetzes,
in: AöR 75, 1949, S. 273 ff.
- Mangoldt, Hermann von**
Ist eine Zwangsmitgliedschaft bei Berufs- und Wirtschaftsverbänden mit dem Grundgesetz vereinbar? – in: BB 1951, S. 621 ff.
- v. Mangoldt-Klein**
Das Bonner Grundgesetz – 2. Aufl., 1. Band, Berlin und Frankfurt 1955/1957
- Maunz, Theodor**
Deutsches Staatsrecht – 5. Aufl., München 1956
- Maunz, Theodor**
Starke und schwache Normen in der Verfassung – in: Verfassung und Verwaltung
in Theorie und Wirklichkeit, München 1952, S. 141 ff.
- Maunz, Theodor**
Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie (Art. 6 GG),
in: FamRZ 1956, S. 1 ff.

- Maunz, Theodor
Wirtschaftsrecht – in: Giese, Die Verwaltung, Heft 27, Braunschweig 1954
- Menger, Christian-Friedrich
Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz,
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 173, Tübingen 1953
- Meyer-Cording, Ulrich
Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme – Tübingen 1954
- Meyer-Cording, Ulrich
Probleme des Kartellrechts – in: JR 1951, S. 227 ff.
- Müller, Gerhard
Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des
Bundesarbeitsgerichts – in: Betr. 1956, S. 524 ff., 549 ff.
- Müller, Helmut
Kartellverbot und Grundgesetz – in: WuW 1953, S. 734 ff.
- Müller, Helmut
Grundgesetz und Kartellverbot – in: BB 1956, S. 972 ff.
- Müller, Helmut
Kartellverbot – ein rechtswidriger Eingriff in die durch Grundrechte geschützte
menschliche Freiheit? – Jur. Diss., Marburg 1952
- Müller-Armack, Alfred
Die Wirtschaftsordnung sozial gesehen – in: Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von
Wirtschaft und Gesellschaft, 1948, Band 1, S. 125 ff.
- Münch, Fritz
Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung – Bocholt 1952
- Naumann, Richard
Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit – in: JZ 1951, S. 423 ff.
- Nawiasky, Hans
Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland,
Stuttgart 1950
- Nawiasky-Leusser
Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 – München 1948
- Nehlert, Gerhard
Freiheit des Wettbewerbs und Kartellverbot – in: JR 1952, S. 181 ff.
- Nipperdey, Hans Carl
Die für das Wirtschaftsleben wesentlichen Rechte – in: Beiträge zur Rechtsfor-
schung, Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales
Privatrecht, S. 218 ff., Berlin-Tübingen 1950
- Nipperdey, Hans Carl
Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – in: RdA 1950, S. 121 ff.
- Nipperdey, Hans Carl
Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung – Köln 1951 – zit.: Gutachten
- Nipperdey, Hans Carl
Die Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts – in: DRZ 1950, S. 193 ff.
- Nipperdey, Hans Carl
Koalitionsrecht – in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichs-
verfassung, Berlin 1930, Band III, S. 385 ff.
- Nipperdey, Hans Carl
Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik – Karlsruhe 1954
- Nipperdey, Hans Carl
Wettbewerb und Existenzvernichtung – Berlin 1930
- Nipperdey, Hans Carl
Die Würde des Menschen – in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, „Die Grundrechte“,
Band II, Berlin 1954, S. 1 ff.
- Oehler, Dietrich
Postgeheimnis – in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, „Die Grundrechte“, Bd. II,
Berlin 1954, S. 605 ff.
- Oftinger, Karl
Die Vertragsfreiheit – in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht,
S. 315 ff. – Zürich 1948
- Oppermann, Thomas
Gaststättenbedürfnis und Grundrechtsauslegung – in: AöR 80, 1955/56, S. 470 ff.
- Partsch, Karl Josef
Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien – in: Ordo, Jahrbuch
für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 6. Band, 1954, S. 19 ff.
- Peter, Hans
Freiheit der Wirtschaft – Köln 1953
- Peters, Hans
Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel,
in: Festschrift für Rudolf Laun, S. 669 ff., Hamburg 1953.
- Peters, Hans
Gutachten zu Grundfragen eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Köln 1955

- Raiser, Ludwig
Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem – in: Festschrift für Julius von Gierke, Berlin 1950, S. 181 ff.
- Rasch, Harold
Der Begriff des Oligopols im Kartellgesetzentwurf – in: WuW 1956, S. 3 ff.
- Rasch, Harold
Kartellgesetz und Industrie – in: MA 1954, S. 99 ff.
- Rasch, Harold
Kartellverbot und Grundgesetz – in: WuW 1955, S. 667 ff.
- Rasch, Harold
Problem einer deutschen Kartell- und Konzerngesetzgebung,
in: GRUR 1950, S. 32 ff.
- Ridder, Helmut K. J.
Vom allzu zeitigen Ausverkauf der Grundrechte – in: JZ 1953, S. 249 f.
- Ridder, Helmut K. J.
Meinungsfreiheit – in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, „Die Grundrechte“, 2. Band, Berlin 1954, S. 243 ff.
- Ridder, Helmut K. J.
Enteignung und Sozialisierung – in: VVDStRL 10, 1952, S. 124 ff.
- Ritschl, Hans
Die Grundlagen der Wirtschaftsordnung – Tübingen 1954
- Ritter, Gerhard
Ursprung und Wesen der Menschenrechte
in: Historische Zeitschrift, Band 169 (1949), S. 231 ff.
- Röhl, Helmut
Die Nennung des eingeschränkten Grundrechts nach Art. 19 I, S. 2 GG,
in: AöR 81, 1956, S. 195 ff.
- Röhl, Helmut
Die Problematik der sozialen Grundrechte in unserem Staat,
in: DVBl 1955, S. 182 f.
- Rohde-Liebenauf, Wolfram
Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung,
in: NJW 1957, S. 817 f.
- Ruck, Erwin
Freiheit und Rechtsstaat – in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht,
S. 75 ff. – Zürich 1948
- Schätzkel, Walter
Der internationale Schutz der Menschenrechte – in: Festschrift für Friedrich Giese,
Frankfurt 1953, S. 215 ff.
- Schätzkel, Walter
Welchen Einfluß hat Art. 3, Abs. 2 des Bonner Grundgesetzes auf die nach
dem 24. Mai 1949 geschlossenen Einzelarbeits- und Tarifverträge?
in: RdA 1950, S. 248 ff.
- Schätzler, J. G.
Bundesverfassungsgericht und verfassungsmäßige Ordnung,
in: NJW 1957, S. 818 f.
- Scheuner, Ulrich
Grundfragen des modernen Staates,
in: Recht-Staat-Wirtschaft, Band III, 1951, S. 126 ff.
- Scheuner, Ulrich
Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung – in: Reinhardt-Scheuner,
Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S. 63 ff.
- Scheuner, Ulrich
Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung – in: DÖV 1956, S. 65 ff.
- Scheuner, Ulrich
Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes,
in: Recht-Staat-Wirtschaft, Band IV, 1953, S. 88 ff.
- Scheuner, Ulrich
Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft,
in: VVDStRL 11, 1953, S. 1 ff.
- W. Schmidt-Rimpler, P. Giesecke,
E. Friesenhahn und A. Knur
Die Lohngleichheit von Männern und Frauen – in: AöR 76, 1950/51, S. 165 ff.
- Schmitt, Carl
Verfassungslehre – München-Leipzig 1928
- Schneider, Hans
Fünf Jahre Grundgesetz – in: NJW 1954, S. 937 ff.
- Scholtissek, Herbert
Innere Grenzen der Freiheitsrechte – in: NJW 1952, S. 561 ff.
- Schüle, Adolf
Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft,
in: VVDStRL 11, 1953, S. 75 ff.

- Schüle, Adolf
Verfassung und Wirtschaft – Mannheim 1948
- Scupin, Hans Ulrich
Über die Menschenrechte – in: Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1953, S. 173 ff.
- Scupin, Hans Ulrich
Die Rechtslage der Wirtschaft unter dem Bonner Grundgesetz – Münster 1950.
- Sieg, Harald
Das Recht der Gewerbezulassung und Art. 12 Grundgesetz, in: DVBl 1950, S. 197 ff.
- Sieg, Harald
Der wirtschaftliche Gehalt im Bonner Grundgesetz, in: Wirtschaftsdienst 1950, Heft 7, S. 13 ff.
- Simonius, August
Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten – in: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, S. 281 ff., Zürich 1948
- Sölter, A.
Mißbrauchs- und Verbotsprinzip in der praktischen Anwendung, in: WuW 1955, S. 230 ff.
- Soergel
Bürgerliches Gesetzbuch – 8. Auflage, Band 1, Stuttgart-Köln 1952
- Sonderland, Max
Ausstrahlungen der Souveränität auf die Preisbindung für Markenartikel, in: Betr. 1956, S. 129 ff.
- Spitzbarth, Reimar
Wettbewerbsverbote bei den freien Berufen – in: NJW 1954, S. 453 ff.
- Spitzbarth, Reimar
Gesetzliche Schranken für vertragliche Wettbewerbsverbote, in: NJW 1954, S. 1026 f.
- Stamm, Albert
Zur Verwirklichung des sozialstaatlichen Prinzips – in: JZ 1955, S. 149 ff.
- Staudinger, J. v.
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, bearbeitet von Brändl und Coing, Berlin 1954 – zit.: Staudinger, Allgemeiner Teil
- Stoll, Heinrich
Vertragsfreiheit – in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1930, Band III, S. 175 ff.
- Strauss, Walter
Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung – in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Band 165, Tübingen 1952
- Stree, Walter
Gesetzliche Schranken für vertragliche Wettbewerbsverbote, in: NJW 1954, S. 1025 f.
- Strickrodt, Georg
Das Kartellverbot in verfassungsrechtlicher Betrachtung – in: NJW 1955, S. 1697 ff.
- Strickrodt, Georg
Zur Präzisierung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte in der Kartelldebatte, in: WuW 1956, S. 575 ff.
- Strickrodt, Georg
Die verfassungsrechtliche Eigentumsgewährleistung im Antimonopolrecht, in: NJW 1956, S. 809 ff.
- Strickstock
Zur Auslegung der Grundrechte des Bonner Grundgesetzes, insbesondere auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts – in: BB 1955, S. 107 ff.
- Thoma, Richard
Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen – in: Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1929, Band I, S. 1 ff.
- v. Turegg, K. E.
Der Befähigungsnachweis im Handwerk – in: NJW 1954, S. 96 ff.
- v. Turegg, K. E.
Gewerberecht – Tübingen 1953
- Über, Giesbert
Freiheit des Berufs – Hamburg 1952
- Ullrich
Die Grundrechte, in: DV 1949, S. 333 ff.
- Verdroß, Alfred
Die Idee der menschlichen Grundrechte – in: Anzeiger der Österreich. Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, 1954, S. 335 ff.
- Vielhaber, Otto
Arbeitsbedingungen der Frau und Grundgesetz – in: Betr. 1950, S. 205

- Voigt, Alfred
Geschichte der Grundrechte – Stuttgart 1948
- Wallraff, H. J.
Zum Kartellproblem – Paderborn 1954
- Weber, Werner
Eigentum und Enteignung – in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, „Die Grundrechte“, 2. Band, Berlin 1954, S. 331 ff.
- Werner, Fritz
Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung – in: AöR 81, 1956, S. 84 ff.
- Wolf, Gerhard
Ist § 9 Abs. 2 PBefG neue Fassung mit dem Grundgesetz vereinbar?
in: DVBl. 1956, S. 435 ff.
- Würdinger, Hans
Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht. - Karlsruhe 1954
- Zeidler, Wolfgang
Nochmals: Die verfassungsmäßige Ordnung – in: BB 1957, S. 342 ff.
- Zinn-Stein
Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, 1. Band, Bad Homburg 1954
- Zippelius
Das Verbot übermäßiger gesetzlicher Beschränkung von Grundrechten,
in: DVBl. 1956, S. 353 ff.

B

Abkürzungsverzeichnis

AöR	=	Archiv des öffentlichen Rechts
BB	=	Betriebsberater
Betr.	=	Der Betrieb
DOV	=	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	=	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	=	Deutsche Verwaltung
DVBl.	=	Deutsches Verwaltungsblatt
FamRZ	=	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
RGSt	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	=	Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen
GRUR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
JR	=	Juristische Rundschau
JZ	=	Juristenzeitung
MA	=	Der Markenartikel
MdR	=	Monatsschrift für deutsches Recht
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	=	Recht der Arbeit
SJZ	=	Süddeutsche Juristenzeitung
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer
WRP	=	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	=	Wirtschaft und Wettbewerb
ZSR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Die Zeitschriften sind nach Jahr und Seite, Entscheidungs-Sammlungen, sowie AöR und Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer sind nach Band und Seite zitiert.

Die Auswertung der Literatur wurde mit den 15. 6. 1957 abgeschlossen.

C.

I. Gegenstand der Untersuchung

Eines der umstrittensten und problematischsten Themen der gegenwärtigen Wirtschaftspolitik ist die Frage der ökonomischen Zweckmäßigkeit und verfassungsmäßigen Zulässigkeit eines Gesetzes, das Kartelle und marktregelnde Absprachen generell verbietet.

Seit 1950 zum ersten Male der Entwurf eines Verbotsgesetzes, der sich in Inhalt und Tendenz stark an die alliierten Dekartellierungsgesetze¹⁾ anlehnte, vorgelegt wurde, sind nunmehr über 6 Jahre vergangen, und immer noch ist dieser Streit nicht entschieden, obwohl die Literatur hierzu schon Bibliotheken füllt.

Die Verfechter eines Verbotsgesetzes führten zunächst nur rein volkswirtschaftliche Argumente an, ohne überhaupt die Möglichkeit zu sehen, daß ihr Vorhaben an Verfassungsnormen, insbesondere an den Grundrechten, scheitern könnte.

Als dann die Gegner einer Verbotsgesetzgebung neben volkswirtschaftlichen auch staatsrechtliche Argumente vorbrachten, blieb dennoch der Schwerpunkt der Beweisführung der Kartellgegner weiterhin auf volkswirtschaftlichem Gebiet.

Man glaubte lange Zeit, alle verfassungsrechtlichen Angriffe damit abwehren zu können, daß man darlegte, daß es doch offensichtlich widersinnig sei, wenn Menschen, die sich zusammenschlossen, um die wirtschaftliche Freiheit anderer zu beeinträchtigen, sich ihrerseits auf die Freiheitsrechte sollten berufen dürfen, wenn der Staat ihrem Treiben Einhalt gebieten wollte.

Erst in jüngster Zeit wurde dann der Versuch unternommen, aus dem Wesen der Grundrechte heraus die verfassungsrechtlichen Bedenken zu entkräften ²⁾, ohne daß aber der Streit damit schon als entschieden angesehen werden könnte.

Die vorliegende Arbeit soll sich in erster Linie mit der verfassungsrechtlichen Seite des Kartellproblems beschäftigen. Es soll nicht Aufgabe des Verfassers sein, bei derart komplizierten volkswirtschaftlichen Fragen das letzte Wort über die ökonomische Seite sprechen zu wollen. Soweit überhaupt volkswirtschaftliche Argumente hinzugezogen werden müssen, werde ich mich bemühen, solche zu verwenden, die zumindest in ihren Grundzügen von beiden Lagern anerkannt werden.

Wenn man aber das Problem staatsrechtlich betrachtet, stellt es sich als die Frage nach dem System der Grundrechte und dem Verhältnis der Einzelgrundrechte zueinander. Ein generelles Kartellverbot beein-

¹⁾ MRG 56, MRVO 78 br. Z., MRVO 95 franz. Z.

²⁾ so etwa Biedenkopf, BB 56, 473 ff., Rasch, WuW 55, 667 ff.

trächtig zweifellos die Chancen des Unternehmers, sich wirtschaftlich völlig frei zu entfalten und damit möglicherweise auch seine grundrechtlich geschützte Sphäre; ob dieser im einzelnen noch zu untersuchende Eingriff in seine Grundrechte durch volkswirtschaftliche Erwägungen, also durch höherwertige Belange der Gemeinschaft, völlig gerechtfertigt werden kann, ist nicht sicher; die Zulässigkeit eines solchen Eingriffs in die Grundrechte könnte aber vielleicht dann bejaht werden, wenn es gelingt nachzuweisen, daß der Schutz Dritter den Eingriff erfordert.

Der Versuch, die Zulässigkeit des Verbotsgesetzes zu beweisen, muß es also in erster Linie unternehmen darzutun, daß ein solches Kartellgesetz erforderlich ist nicht nur aus volkswirtschaftlichen Gründen, sondern auch deshalb, weil Kartelle generell die Tendenz haben, die (Grund-)Rechte anderer zu verletzen.

Die bisher vorliegenden Entwürfe eines Verbotsgesetzes sind offensichtlich von rein wirtschaftlichen Erwägungen bestimmt ³⁾. Dennoch liegt auch die Tendenz eines Schutzes der Rechte des einzelnen, sei es als Konkurrenten, sei es als Käufer, notwendigerweise in jedem Kartellgesetz beschlossen, wenn auch nur als Reflex. Ob – wie von Würdinger ⁴⁾ behauptet wird – dieser Schutzgedanke in dem amerikanischen Antikartellrecht den Primat hat, oder ob auch dieses in erster Linie auf volkswirtschaftliche Erwägungen zurückgeht ⁵⁾, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Befolgung beider Prinzipien des Schutzes des freien Wettbewerbs und des Schutzes Dritter nebeneinander durchaus möglich und vernünftig ⁶⁾. Zu untersuchen bleibt, ob die Anwendung eines von diesen beiden Prinzipien, nämlich in unserem Falle das des Schutzes Dritter, den Erlaß eines Kartellgesetzes als notwendig oder zumindest erlaubt erscheinen läßt, nachdem geklärt worden ist, ob und auf welche Grundrechte sich die Kartellfreunde überhaupt berufen könnten.

II. Zum Wesen der Kartelle, marktregelnden Absprachen und marktbeherrschenden Unternehmen.

1. Die Kartelle

Eine Untersuchung der verfassungsmäßigen Grundlagen eines Kartellverbots muß von der Feststellung ausgehen, was nach allgemeiner und unbestrittener Ansicht die Merkmale eines Kartells sind. Huber⁷⁾ definiert das Kartell wie folgt:

„Kartelle sind Vereinbarungen oder Vereinigungen von selbständigen, einander gleichgeordneten Unternehmen desselben Wirtschaftszweigs, die auf die dauernde kollektive Beeinflussung des Marktes durch gemeinschaftliche Wettbewerbsregelung gerichtet sind“.

³⁾ Würdinger, Entfaltungsfreiheit; S. 9

⁴⁾ a.a.O.

⁵⁾ Flume, WuW 56/467 – Isay, Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen, S. 64

⁶⁾ Hefermehl, Der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, S. 298

⁷⁾ Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 284

Ähnlich lauten die Definitionen von Meyer - Cording ⁹⁾ und Klug ¹⁰⁾. Man wird also für das „echte“ Kartell folgende Merkmale herausarbeiten können:

Kartelle haben, und das ist von allen Seiten unbestritten, den Zweck, höhere Preise zu erzielen, als dies bei freiem Wettbewerb möglich wäre, wobei sich die höheren Preise entweder in steigenden Gewinnen oder in einer Verringerung des Verlustes auswirken ¹⁰⁾. Die Mittel dazu sind eine feste Organisation nach innen und die Möglichkeit, infolge der erlangten Marktposition einen Druck auf Abnehmer, Lieferanten und Außenseiter ausüben zu können, um diese zu veranlassen, günstigere Bedingungen zuzugestehen als im Zustand freier Konkurrenz möglich wäre, und so insbesondere die Außenseiter zu veranlassen, keine der Marktstrategie des Kartells schädlichen Maßnahmen zu ergreifen, wenn sie sich diesem schon nicht anschließen ¹¹⁾.

Die Voraussetzung für ein erfolgreiches Tätigwerden des Kartells ist also die Möglichkeit, solchen Druck auszuüben und damit das Erlangen einer gewissen zumindest örtlichen Machtposition.

Nach außen hin sind die Kartelle in der Regel in der Form einer Gesellschaft des bürgerlichen oder Handelsrechts oder – in den meisten Fällen – eines bürgerlich-rechtlichen Vereins organisiert.

Neben diesen echten Kartellen stehen die sogenannten Kartellvereinbarungen, bei denen lediglich schuldrechtliche Verpflichtungen der Kartellbeteiligten untereinander bestehen, ohne daß eine besondere Organisation zur Durchführung und Überwachung der gemeinsamen Marktstrategie aufgebaut wurde.

Kennzeichnend für die echten Kartelle wie für die Kartellvereinbarungen ist die Planung für eine gewisse Dauer, also nicht nur für ein einzelnes Geschäft.

2. Die marktregelnden Absprachen

Von ihnen unterscheiden sich die marktregelnden Absprachen, die sich im allgemeinen nur auf einen Einzelfall richten. Ähnlich wie bei den Kartellvereinbarungen ist bei ihnen in den weitaus meisten Fällen keine feste Organisation vorhanden.

Darüber hinaus unterscheiden sie sich von dem Kartell dadurch, daß entsprechend ihrem kurzfristigen Zweck keine auf die Dauer wirksame Marktmacht besteht und daß infolgedessen in der Regel der Druck auf Abnehmer, Lieferanten und Konkurrenten nicht in Form einer langfristigen Marktstrategie auftreten kann.

Die Machtstellung der Partner solcher Absprachen gründet sich vielmehr darauf, daß für den bestimmten Fall den Kontrahenten möglichst wenige oder gar keine anderen potentiellen Vertragspartner gegenüberstehen als die durch die Absprache gebundenen. (Beispiel: Vereinbarungen über die Angebote bei einer Ausschreibung).

⁹⁾ JR 51/227

¹⁰⁾ Der Streit um die Kartelle und Konzerne, S. 30

¹⁰⁾ Böhm, WuW 56/180 – Böhm, Aufgaben der freien Marktwirtschaft, S.35

¹¹⁾ Huber, Wirtschafts-Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 287, 312.

3. Die marktbeherrschenden Unternehmen

Marktbeherrschende Unternehmen sind Einzelfirmen oder Konzerne, die kraft ihrer Produktionsquote als Lieferanten oder Abnehmer von entscheidendem Einfluß auf das gesamte Marktgeschehen (auf dem entsprechenden Teilmarkt) sind, sei es, daß sie ein Monopol besitzen oder nur wenige Kleinfirmen neben ihnen auf dem Markt bestehen (Teilmonopol), sei es, daß mehrere Großfirmen zusammen, allein oder neben unbedeutenden Kleinfirmen, den Markt unter sich verteilen (Oligopol bzw. Teilogopol).

III. Die geschichtliche Entwicklung des Kartellrechts in Deutschland.

Daß das Kartell als Organisationsform der gewerblichen Wirtschaft auf eine lange Entwicklung zurückblickt, hat Isay in seiner Untersuchung über „Die Geschichte der Kartellgesetzgebungen“ dargelegt. Diese frühen Formen brauchen hier nicht zu interessieren.

Mit der Auflösung der Zunftordnung und der allmählichen Entwicklung der Gewerbefreiheit im 19. Jahrhundert¹²⁾, insbesondere aber dem industriellen Aufschwung der Gründerjahre mit den ihm nachfolgenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten wurde das Kartell rasch zu einer beliebten Einrichtung zur Überbrückung schwieriger wirtschaftlicher Verhältnisse und zur Erzielung höherer Gewinne. Diese Entwicklung wurde dadurch begünstigt, daß das Reichsgericht in seiner berühmten Entscheidung vom 4. 2. 1897¹³⁾ die Kartelle sanktionierte. Das Reichsgericht sah in der Kartellierung keinen Verstoß gegen das Prinzip der Gewerbefreiheit und glaubte, die Kartelle aus volkswirtschaftlichen Gründen, um Betriebszusammenbrüche wegen zu niedriger Preise zu vermeiden, bejahen zu müssen. Diese Rechtsprechung behielt das Reichsgericht in der Folgezeit bei.

Gelegentliche Versuche, dem Kartellproblem von der strafrechtlichen Seite beizukommen¹⁴⁾ und kartellierende Unternehmer unter Anklage der Nötigung bzw. Erpressung zu stellen, blieben wegen der außerordentlichen Beweisschwierigkeiten für die Gesamtentwicklung bedeutungslos.

Die Folge war, daß bereits kurz vor dem ersten Weltkrieg die deutsche Wirtschaft weitgehend durchkartelliert war.

Auch zur Zeit der Weimarer Reichsverfassung ging man nicht grundsätzlich gegen die Kartelle vor. Zwar hatte man inzwischen erkannt, daß in der – sei es durch Kartelle, sei es in Monopolbetrieben – konzentrierten Wirtschaftsmacht ernsthafte Gefahren liegen, vor allem volkswirtschaftlich die einer Zerrüttung des gesamten ökonomischen Gefüges durch willkürliche, meist überhöhte Preisfestsetzungen, aber auch für den einzelnen Konkurrenten, gegen den oft ein scharfer Vernichtungskampf geführt wurde. Man glaubte aber, diesen Gefahren

¹²⁾ vgl.: Preuß. Gewerbefreiheitsedikt vom 2. 11. 1810 – Preuß. Allgemeine Gewerbeordnung vom 17. 1. 1845 – Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund vom 21. 6. 1869

¹³⁾ RGZ 38/155 ff.

¹⁴⁾ so etwa: RGSt 38/15 ff.

dadurch steuern zu können, daß man zwar die Kartelle weiterhin zuließ, ihr Geschäftsgebahnen aber unter die Kontrolle eines Kartellamtes stellte, das offensichtlichen Mißbräuchen der Marktmacht steuern sollte. Ob die Kartellverordnung von 1923, die diese Prinzipien verankerte, tatsächlich geeignet war, die mit dem Kartellwesen verbundenen Mißstände zu beseitigen, ist heute noch zwischen den Volkswirtschaftlern des kartellfreundlichen und des kartellfeindlichen Lagers umstritten.

Zur Zeit des „Dritten Reiches“ benutzte die damalige Staatsführung die Kartelle als Mittel zum rascheren Aufbau einer geplanten Kriegswirtschaft. Die gesetzliche Handhabe hierzu bot ihr die Verordnung über Zwangskartelle aus dem Jahre 1933.

Nach dem Zusammenbruch Deutschlands im Jahre 1945 erging erstmals eine scharfe Verbotsgesetzgebung seitens der Besatzungsmächte¹⁵⁾.

Der Ausgangspunkt dieser Gesetzgebung war der, daß man die Kartelle als weitgehend dafür verantwortlich ansah, daß Hitlers Wiederaufrüstung überhaupt unternommen werden konnte, und mit ihrem Verbot Strafe und Vorbeugung vereinen wollte. Volkswirtschaftliche Gründe dürften dabei – entsprechend der damaligen Einstellung der Siegermächte – sekundärer Natur gewesen sein.

Diese alliierten Dekartellierungsgesetze sind auch nach Wiedererlangung der Souveränität durch die Bundesrepublik durch den Überleitungsvertrag¹⁶⁾ bis zum Erlaß eines neuen deutschen Kartellgesetzes gültig geblieben.

IV. Die Grundkonzeptionen einer Verbots- und Mißbrauchsgesetzgebung.

Es kann nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, die Einzelheiten der verschiedenen Entwürfe für ein Verbotsgesetz darzustellen, umso mehr, als sie von Referentenentwurf zu Referentenentwurf und von einer Ausschlußberatung zur anderen die Form ständig gewechselt haben¹⁷⁾. Ich muß mich vielmehr darauf beschränken, die unveränderten Grundideen kurz zu umreißen.

1. Das Wesen des Wettbewerbs nach den Lehren der Freiburger Schule.

Dabei muß man sich darüber im klaren sein, daß die Entwürfe eines Verbotsgesetzes allesamt geistig auf den folgenden neoliberalen Ideen der „Freiburger Schule“ mit ihren bedeutendsten Vertretern Eucken, Böhm und Miksch aufbauen:

¹⁵⁾ MRG 56, MRVO 78 brZ., MRVO 95 franz. Z.

¹⁶⁾ Vertrag zur Regelung aus Krieg und Besatzung entstandener Fragen i. d. F. der Bekanntmachung v. 30. 3. 1955 (BGBl II; 405).

¹⁷⁾ vgl. etwa die offiziellen Entwürfe der Bundesregierung BT Drucksache 3462 des 1. Bundestags und BT Drucks. 1158 des 2. Bundestags, die aber bis zu der jetzt bevorstehenden Verabschiedung in vielen Punkten in den Ausschüssen abgeändert worden sind. – (vgl. zu der letzten Fassung Coper, JR 57/208 ff.)

Die liberale Vorstellung, daß „das größte Glück der größten Zahl“ auf wirtschaftlichem Gebiet am sichersten durch den Wettbewerb erreicht wird, ist grundsätzlich richtig, falsch ist die Vorstellung, daß der Wettbewerb ohne staatliches Eingreifen von sich aus funktionieren und bestehen bleiben kann. Das System der Gewerbefreiheit ist eine Verfassung des wirtschaftlichen Lebens im positiven Sinne¹⁸⁾.

Da diese Grundentscheidung der Verfassung öffentlich-rechtlicher Natur ist, darf sich der Staat nicht darauf beschränken, den Betrieb der Gewerbe jedermann zu gestatten, sondern er muß auch dafür sorgen, daß die Märkte nicht durch private Machtkonzentration gegen den Zugang neuer Wettbewerber geschlossen werden und letztlich jeder Wettbewerb beseitigt wird¹⁹⁾.

Da die freie Wirtschaft den Zugang zu jedem beliebigen Gewerbe freigibt, Privateigentum und Vertragsfreiheit gewährleistet, setzt sie sich angesichts des weiten Spielraums der persönlichen Freiheiten den Gefahren eines Mißbrauchs aus. Um diesen Mißbrauchsmöglichkeiten zu steuern, müssen verfassungsrechtliche Gewährleistungen dafür geschaffen werden, daß von der Freiheit der „richtige“ Gebrauch gemacht wird. Da nur ein vollkommener Wettbewerb den einzelnen psychologisch zu den im Gesamtinteresse vernünftigsten Entscheidungen, d. h. aber zum richtigen Gebrauch der Freiheit zwingt, muß der Staat das Bestehen des Wettbewerbs verfassungsmäßig sicherstellen²⁰⁾. Besteht kein Wettbewerb, d. h. befindet sich der Markt nicht im Zustande der doppelseitigen Konkurrenz, dann entfällt die Übereinstimmung von verfolgtem Eigeninteresse und Erreichung des volkswirtschaftlich Nützlichen, und damit wird in der Regel der in seinem Erwerbsstreben handelnde Unternehmer gegen die Interessen der Gesamtheit verstoßen²¹⁾.

Der Wettbewerb wird also nicht mehr im Sinne des „laissez faire“ verstanden, sondern als ein wirtschaftliches Kulturprodukt, als eine „Veranstaltung des Rechts“ angesehen²²⁾.

Auch die Marktpreise sind als Instrumente der Wirtschaftsordnung öffentlich-rechtlichen Charakters, und an das Prinzip der Preisgestaltung durch den Markt darf die Wirtschaftsordnung private Hände nicht rühren lassen²³⁾.

Damit aber erhält die wirtschaftliche Freiheit ihren Sinn erst durch die Institution des Wettkampfes. Sie wird „vom Staate nur aus dem Grunde garantiert, weil sich das Interesse der Individuen an ihrem Gebrauche in prästablierter Übereinstimmung mit dem Interesse des Staates befindet. Es sind die Freiheitsrechte von Kämpfern; sie verlieren ihren Sinn, wenn der Kampf erlischt“²⁴⁾.

¹⁸⁾ Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 107, 323/24

¹⁹⁾ Eucken, Wettbewerbsordnung, S. 38/39

²⁰⁾ Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft, S. 104

²¹⁾ Böhm, a. a. O., S. 70

²²⁾ Böhm, a. a. O., S. 120 – Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 111

²³⁾ Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft, S. 141

²⁴⁾ Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 353

Das Konkurrenzprinzip erscheint also nicht als Freiheitsprinzip, sondern als Verpflichtung des einzelnen Unternehmers, der er sich nicht entziehen darf²⁵⁾.

Böhm sagt hierzu:

„Es muß die Anerkennung des Rechtssatzes zur Selbstverständlichkeit werden, daß es da, wo sich der Staat der unmittelbaren Marktlenkung nicht bedient, Pflicht aller Beteiligten ist, sich dem Wettbewerb zu unterziehen. Für vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen ist nur insofern Raum, als durch solche Vereinbarungen für die Beteiligten keinerlei Möglichkeit geschaffen wird, den Markt zu beeinflussen“²⁶⁾.

Der Wettbewerb ist somit ein Ordnungsprinzip, das die Freiheit begrenzt. Bei einem Konflikt

„zwischen Freiheit und Ordnung kommt dem Gesichtspunkt der Ordnung unbedingt der Vorrang zu. Jeder Freiheitsmißbrauch zieht unweigerlich staatlichen Zwang nach sich“²⁷⁾, „nur soweit der Wettbewerb zur Ordnung führt, kann private wirtschaftliche Freiheit gewährt werden, soweit dies nicht der Fall ist, darf die Wirtschaft nicht frei sein“²⁸⁾.

Damit ist jedoch jede wirtschaftliche Macht, ob sie nun mißbraucht wird oder nicht, den Strukturprinzipien der Wirtschaft schädlich. Die Bekämpfung muß deshalb schon bei der Bildung der Macht und nicht erst bei ihrem Mißbrauch einsetzen, weil jede wirtschaftliche Machtstellung an sich eine Störung des Gleichgewichts herbeiführt, die Chancengleichheit aufhebt und mit ihr den echten Leistungswettbewerb²⁹⁾.

2. Die Grundprinzipien der Verbotsgesetzgebung

Auf diesen juristischen und volkswirtschaftlichen Erwägungen beruht der Gedanke einer Verbotsgesetzgebung.

Im einzelnen sieht diese in der Regel vor:

- a) Ein generelles Verbot aller Kartelle und marktregelnden Absprachen.
- b) Ausnahmen – sei es in Form einer generellen Genehmigung, sei es in Form eines Erlaubnisvorbehaltes für den Einzelfall – für Märkte, die ihrer Natur nach zu keiner vollständigen Konkurrenz kommen können (etwa Energiewirtschaft), oder bei denen vollständige Konkurrenz volkswirtschaftlich nicht erwünscht ist (etwa Banken, Versicherungen) sowie bei besonderen Kartellarten (wie etwa Rationalisierungskartellen, Exportkartellen usw.).
- c) Darüber hinaus ist im allgemeinen als weitere Möglichkeit die Zulassung von Kartellen aus volkswirtschaftlichen Erwägungen in

²⁵⁾ Böhm, Kartelle und Koalitionsfreiheit, S. 30

²⁶⁾ Böhm, Die Ordnung der Wirtschaft, S. 102

²⁷⁾ Böhm, a. a. O., S. 101/102

²⁸⁾ Böhm, a. a. O., S. 108

²⁹⁾ Böhm, a. a. O., S. 160

besonderen Situationen, also in erster Linie Krisenkartellen, vorgesehen.

- d) Marktbeherrschende Unternehmen, also solche, die sich entweder auf einem Markt gar keiner (Monopole) oder nur schwacher Konkurrenz (Teilmonopole) gegenübersehen, werden einer Mißbrauchskontrolle unterworfen. Das gleiche gilt für die Fälle, in denen diese Voraussetzungen für wenige Firmen gemeinsam (Oligopol oder Teiloligopol) zutreffen.

3. Die Grundlagen des Mißbrauchsprinzips

Dem gegenüber steht die Konzeption einer Mißbrauchsgesetzgebung, deren Verfechter zwar anerkennen, daß von Kartellen und marktbeherrschenden Unternehmen gewisse Gefahren ausgehen können, dennoch ein generelles Verbot nicht für gerechtfertigt halten.

Diese Ansicht geht davon aus, daß die Kartelle die wichtige volkswirtschaftliche Aufgabe zu erfüllen hätten, in Krisenzeiten Stillegung von Kapazitäten und Entlassung von Arbeitern in den betroffenen Branchen zu verhindern und ganz allgemein Konjunkturschwankungen abzufangen, wenn man auch nicht in allen Fällen soweit geht wie v. Brunn, der etwa sagt:

„Das Bestreben bei der Kartellbildung geht nur dahin, einen als nicht mehr lauter angesehenen Konkurrenzkampf auf ein gesundes Maß zurückzuführen.“³⁰⁾

(Für ihn erscheint also das Kartell als die Antwort auf die Unmöglichkeit, durch die sonst gültigen Gesetze, insbesondere das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, einen mit lauterer Mitteln geführten Vernichtungswettbewerb auszuschalten, während „der Versuch, sich in den Genuß eines ungerechtfertigten Gewinnes zu setzen“³¹⁾, für ihn einen relativ seltenen Fall darstellt.)

Ganz allgemein gibt es nach der Ansicht der Vertreter des Mißbrauchsprinzips neben schädlichen auch nützliche Kartelle, je nach der Situation, und deshalb müsse die Entscheidung über ihre Zulässigkeit im Einzelfall getroffen werden, da sich ein wirtschaftliches Geschehen nun einmal nicht in ein Schema pressen lasse.

Darum soll nach dieser Anschauung die Gründung von Kartellen und die Vereinbarung eines Zusammenwirkens auf dem Markt grundsätzlich zulässig sein, dem Staat aber durch eine entsprechende Gesetzgebung ein Instrument an die Hand gegeben werden, mit dem er dem Mißbrauch der so entstehenden wirtschaftlichen Macht zu Lasten Schwächerer steuern kann.

V. Die verfassungsrechtlichen Angriffe gegen die Zulässigkeit eines Verboisgesetzes.

Während gegen ein konsequent durchgeführtes Mißbrauchsprinzip bisher noch keine verfassungsrechtlichen Bedenken laut geworden

³⁰⁾ v. Brunn, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, S. 31

³¹⁾ a. a. O., S. 30, 86

sind, spricht sich eine große Zahl von Staatsrechtlern gegen die Vereinbarkeit eines absoluten Kartellverbots mit dem Grundgesetz aus. Die Tatsache einer Konzentration wirtschaftlicher Macht in den Kartellen wird überall gesehen und die Möglichkeit und Gefahr eines Mißbrauches auch von allen Autoren anerkannt. Man glaubt aber, daß nicht jedes Kartell unbedingt seine Macht mißbrauchen müsse und mißbrauche, und weil dem so sei, dürfe ein generelles Verbot nicht ausgesprochen werden, vielmehr müsse der Einzelfall des nachgewiesenen Mißbrauchs verfolgt werden.

Aus dem Grundgesetz, das von der Würde des Einzelmenschen ausgeht, wird abgeleitet, daß jeder Mensch einen Anspruch darauf habe, daß man seinem Handeln zunächst einwandfreie und erlaubte Motive unterstelle, und das müsse auch für Kartellvereinbarungen gelten³²⁾. Aus diesen allgemeinen staatsrechtlichen Überlegungen leiten sich nun die auf einzelne Bestimmungen der Verfassung gestützten Angriffe gegen die Zulässigkeit eines Verbotsgesetzes ab.

1. Aus Art. 2 GG

Nach der Ansicht verschiedener Autoren verstößt ein absolutes Verbot von Kartellen und marktregelnden Absprachen gegen die Vertragsfreiheit, die nach dieser Ansicht im Rahmen der Entfaltungsfreiheit des Artikel 2 GG absolut und nur unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, des Sittengesetzes und der Rechte anderer stehend geschützt sein soll³³⁾.

2. Aus Art. 9 GG

Des weiteren wird zumindest für die Kartellvereinigungen (die Kartelle im engeren Sinne) angenommen, daß ihr Verbot mit Art. 9 GG unvereinbar sei, wobei die Kartelle fast durchweg als Vereinigungen im Sinne von Abs. 1 des Art. 9, nur ausnahmsweise als Koalitionen im Sinne von Abs. 3 des Art. 9 aufgefaßt werden³⁴⁾.

3. Aus Art. 3 GG

Außerdem wird ein Verbotsgesetz in der vorliegenden Form als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 GG gewertet, da ein stichhaltiger Grund, die marktbeherrschenden Unternehmen milder zu behandeln als die Kartelle, nicht gegeben sei und außerdem die Privilegierung der Kartelle auf den Märkten, auf denen ein vollständiger Wettbewerb nicht zu erzielen sei, gegenüber den anderen Kartellen ebenfalls den Gleichbehandlungsgrundsatz verletze³⁵⁾.

³²⁾ Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 23

³³⁾ Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 27 – Strickrodt, WuW 56/579

³⁴⁾ so etwa: Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 389

³⁵⁾ v. Beringe, Betr. 54/429 – Giese, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung. S. 13/14, Giese, NJW 50/336 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 8, Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 119 – Wernicke, Bonner Kommentar zu Art. 9, S. 11

³⁶⁾ Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 55 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 33

4. Aus Art. 14 GG

Strickrodt³⁶⁾ sieht in dem absoluten Kartellverbot gleichzeitig einen Verstoß gegen die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG.

5. Aus Art. 74, Ziff. 16 GG

Auch Art. 74, Ziff. 16 GG wird über seinen Charakter als Kompetenznorm hinaus als zumindest starkes Indiz dafür angesehen, daß der Verfassungsgeber nur gegen Mißbräuche wirtschaftlicher Macht vorgehen, nicht aber Kartelle generell verbieten lassen wollte³⁷⁾.

VI. Die Argumentation der Kartellgegner

Demgegenüber wird von den Anhängern der Verbotsgesetzgebung ein Verstoß gegen das Grundgesetz, insbesondere seinen Grundrechtsteil, bestritten.

Zwar sind die Versuche, die Kartelle als generell der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesrepublik und der Demokratie feindlich zu bezeichnen und daraus allein die Zulässigkeit eines Verbots abzuleiten, verhältnismäßig selten³⁸⁾.

Im einzelnen aber wird entschieden bestritten, zum Teil mit unterschiedlicher Begründung, daß insbesondere Artikel 2 und 9 des Grundgesetzes durch ein Kartellverbot verletzt werden.

1. Zu Art. 2 GG

Hinsichtlich der Vertragsfreiheit wird, soweit man sie als im Rahmen des Art. 2 geschütztes Grundrecht ansieht, ausgeführt, daß gleichfalls aus Art. 2 das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit folge, das dem der Vertragsfreiheit vorgehe³⁹⁾ oder zumindest gleichrangig neben ihr stehe, so daß es im Ermessen des Gesetzgebers liege, welchem er im Einzelfall den Vorrang geben wolle⁴⁰⁾.

Außerdem wird dargelegt, daß, da die Kartellverträge unter Ausnutzung der Vertragsfreiheit eine Aufhebung der Vertragsfreiheit bezweckten, sich die in einem Kartell zusammengeschlossenen Unternehmer nicht auf diese berufen könnten, genau so wenig wie die Feinde der Demokratie sich auf die demokratischen Freiheiten erfolgreich zu berufen vermöchten⁴¹⁾.

Rasch⁴²⁾ betont außerdem noch, daß ein Kartellvertrag, der in die Wettbewerbsfreiheit anderer eingreife, mit der Verletzung dieser Wettbewerbsfreiheit ein „Recht anderer“ verletze und niemand sich deshalb wegen der Schranken des Art. 2, Abs. 1 GG auf die Vertragsfreiheit berufen dürfe.

³⁶⁾ NJW 56/809

³⁷⁾ so etwa: Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 21

³⁸⁾ so etwa: Günther, BB 50/300 – Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 20 – OLG Nürnberg, WuW 56/240

³⁹⁾ Nipperdey: Die für das Wirtschaftsleben wesentlichen Rechte, S. 226, 231; Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 19/20; DRZ 50/196

⁴⁰⁾ Gleiss-Fikentscher, WuW 55/529 – Rasch, WuW 55/671, 673

⁴¹⁾ Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 222/223 – Nipperdey, Die für das Wirtschaftsleben wesentlichen Rechte, S. 231 – Sonderland, Betr. 56/130

⁴²⁾ WuW 55/675

Daneben wird noch ausgeführt, daß, wenn die Vertragsfreiheit so schrankenlos sei, wie von der Gegenmeinung angenommen, zahlreiche Gesetze, die das Vertragsrecht unter zwingende Normen stellen, verfassungswidrig und damit nichtig seien, ein Ergebnis, das offenbar absurd anmüte⁴³⁾.

2. Zu Art. 9 GG

Ähnlich wie bei der Frage der Vertragsfreiheit argumentieren die Kartellgegner auch bei der Frage des Verstoßes eines Verbotsgesetzes gegen Art. 9 GG aus dem Prinzip der Wettbewerbsfreiheit, der Vertragsfreiheit und der Mißbräuchlichkeit der Verwendung der Vereinigungsfreiheit zur Ausschaltung dieser beiden anderen Freiheiten⁴⁴⁾. Noch weiter geht das OLG Nürnberg⁴⁵⁾, nach dem schon deshalb Art. 9 nicht verletzt ist, weil Kartelle gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen, unter der nicht nur das geschriebene Gesetz, sondern auch der „Geist“ der Verfassung verstanden wird.

3. Argumente aus dem Sozialstaatsprinzip

Ganz allgemein gegen alle aus den Grundrechten hergeleiteten Angriffe gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Kartellgesetzes wendet sich Nipperdey⁴⁶⁾ mit seinem Hinweis auf den sozialstaatlichen Charakter der Bundesrepublik Deutschland (Art. 20, 28 GG), der allein schon die Einschränkung von Grundrechten etwa in der Kartellfrage rechtfertige. Dagegen wendet sich Forsthoff⁴⁷⁾, der nicht glaubt, daß sich Institutionen, also auch Kartelle, durch das Sozialstaatsprinzip ausschließen lassen.

4. Der Stand der Diskussion

Dieser verfassungsrechtliche Streit läßt erkennen, daß sich die Fronten festgefahren haben und daß eine Lösung, wenn überhaupt, nur gefunden werden kann, wenn bei der juristischen Untersuchung die volkswirtschaftliche Problematik weitgehend zurücktritt, (denn man wird nicht sagen können, daß Kartelle in jedem Fall volkswirtschaftlich schädlich oder nützlich sind, ja man wird nicht einmal im Einzelfall immer mit klarer Sicherheit sagen können, ob dieses oder jenes Kartell volkswirtschaftlich – d. h. nicht nur für seine Mitglieder – schädlich oder nützlich war), wenn zum anderen die in Frage kommenden Einzelgrundrechte nicht für sich allein ausgelegt werden. Das heißt, daß der Versuch unternommen werden muß, ein System und eine Inhaltsbestimmung der Grundrechte zu entwickeln, mit der Absicht, aus diesem System heraus die Zweifelsfragen bei den Einzelgrundrechten und ihren Kollisionen zu lösen.

⁴³⁾ Benkendorff, WRP 55/234 – Müller, WuW 53/736 – Rasch, WuW 55/675

⁴⁴⁾ so etwa: Nipperdey, Die für das Wirtschaftsleben wesentlichen Rechte, S. 226, 232 – Rasch, WuW 55/677 – Sieg, Wirtschaftsdienst 50, Heft 7, S. 15

⁴⁵⁾ WuW 56/240

⁴⁶⁾ Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, S. 56

⁴⁷⁾ VVDStRL 12, S. 27, Anm. 30

Im Zusammenhang mit dem Kartellproblem sind dies vor allem die Fragen, ob und inwieweit die Vertragsfreiheit überhaupt grundrechtlich, geschützt ist, insbesondere, ob sie aus Art. 2 GG abgeleitet werden kann, zum anderen, ob durch eine Kartellierung Rechte Dritter und wenn ja, welche Rechte, verletzt werden, schließlich die, wie eine eventuelle Kollision zwischen zwei Personen oder Personengruppen, von denen sich jede bei Wahrung entgegengesetzter Interessen auf ein Grundrecht berufen kann, zu lösen ist.

VII. Kartellverbot und Vertragsfreiheit

Nach diesen grundsätzlichen Überlegungen kann die Untersuchung darüber beginnen, ob ein absolutes Kartellverbot, wie in der Entwurfen der Bundesregierung vorgesehen, gegen einzelne Bestimmungen des Grundgesetzes verstößt, wobei als erstes Prinzip das der Vertragsfreiheit untersucht werden soll.

1. Der Inhalt der Vertragsfreiheit

Zunächst sei eine Definition der Vertragsfreiheit vorausgeschickt:

„Der Gehalt der Vertragsfreiheit ist vierfach:

Die Freiheit 1. einen Vertrag abzuschließen oder nicht; 2. der Wahl der Gegenpartei; 3. der Gestaltung des Vertragsinhalts; 4. der Aufhebung des Vertrags. Der Ausdruck „Vertragsfreiheit“ formuliert demnach das Prinzip, es sei dem Belieben der Partei überlassen, ob sie einen Vertrag eingehen will, mit wem, worüber, und ob oder wann der Vertrag wieder beseitigt oder wenigstens abgeändert werden soll“⁴⁸⁾.

2. Vertragsfreiheit und Art. 2 GG nach Lehre und Rechtsprechung.

Diese Vertragsfreiheit war im Grundrechtsteil der Weimarer Verfassung in Art. 152 gewahrt und zwar nicht unbeschränkt, sondern nur nach Maßgabe der Gesetze.

Im Gegensatz hierzu findet sich im Bonner Grundgesetz keine derartige ausdrückliche Erwähnung der Vertragsfreiheit. Nach überwiegender Ansicht der Literatur wie auch der Rechtsprechung ist die Vertragsfreiheit jedoch im Rahmen der Entfaltungsfreiheit des Art. 2 GG mitgeschützt.

Wenn man Art. 2 GG ganz allgemein als Grundlage des grundrechtlichen Schutzes der Vertragsfreiheit ansehen will, ist Voraussetzung, daß diese Bestimmung überhaupt für das wirtschaftliche Leben Anwendung finden kann, da zumindest ein großer Teil aller Vertragsabschlüsse im Bereich des Wirtschaftslebens erfolgen. Hieran aber könnten Zweifel bestehen in Anbetracht der Tatsache, daß Art. 2 GG von der Entfaltung der Persönlichkeit spricht und dieser Begriff

⁴⁸⁾ Oftinger, Die Vertragsfreiheit, S. 316

nach herrschendem Sprachgebrauch im sittlichen und nicht im wirtschaftlichen Bereich seine Wurzeln hat.

Dennoch ist nach heute durchaus herrschender Meinung diese Frage zu bejahen⁴⁹⁾. Gerade die wirtschaftliche Basis wird als wesentliche Voraussetzung der Entwicklung zur Persönlichkeit angesehen, zumindest für den Durchschnittsmenschen.

Von dieser Grundlage ausgehend sieht die herrschende Meinung nun im Art. 2 GG auch die Vertragsfreiheit verbürgt, weil diese Voraussetzung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit ist, wobei Freunde wie Gegner eines Kartellverbots sich weitgehend einig sind⁵⁰⁾.

Meinungsverschiedenheiten bestehen lediglich darüber, ob die Vertragsfreiheit nur den Schranken des Art. 2, Abs. 1 unterliegt⁵¹⁾, oder ob, wie zur Zeit der Weimarer Verfassung, die Vertragsfreiheit unter Gesetzesvorbehalt steht⁵²⁾.

Allerdings fehlt es auch nicht an Gegenstimmen, die glauben, aus Art. 2 GG das Prinzip der Vertragsfreiheit nicht entnehmen zu können. Schon daran, daß Art. 2 GG überhaupt ein echtes Grundrecht sei, wird gezweifelt⁵³⁾, und erst recht daran, ob es für das Wirtschaftsleben Anwendung finde⁵⁴⁾.

Die Grundlage dieser Auffassung ist die Vorstellung, daß Art. 2, Abs. 1, der sich eng an Art. 1 anlehne, wenn er überhaupt ein echtes Grundrecht im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts darstelle, doch zumindest nicht solche Banalitäten wie Sicherheit der wirtschaftlichen Betätigung in allen Einzelpunkten zum Gegenstand habe, sondern auf ein höheres sittliches Ziel, eben die Bildung der Persönlichkeit ausgerichtet sei.

Ähnlich argumentiert auch Rasch⁵⁵⁾, wenn er annimmt, daß Art. 2, Abs. 1 seinem Sinngehalt nach nur Anwendung auf natürliche Personen finden könne, da nur diese eine Persönlichkeit entfalten könnten, die Vertragsfreiheit aber, um überhaupt sinnvoll zu sein, auch juristischen Personen zustehen müßte, und daraus schließt, daß folglich die Vertragsfreiheit in Art. 2 GG nicht garantiert sein könne.

⁴⁹⁾ Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 159 – Dürig, JZ 57/170 – Forsthoff, BB 53/421 – Hamann, Rechtsstaat u. Wirtschaftslenkung, S. 62 – Hamann, BB 51/342 – Hamann, Grundgesetz, S. 80 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 10 – Huber, DOV 56/135, 138 – Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 7 – Scheuner, Grundlagen und Art der Enteignungsschädigung, S. 71 – Scheuner, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 95 – Scheuner, VVDStRL 11, S. 60 – Sieg, Wirtschaftsdienst 1950, Heft 7, S. 15 – BVerfG, NJW 57/297

⁵⁰⁾ Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 10 – Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 389 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 10 – Krause, BB 55/269 – Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 26 – Strickrodt, WuW 56/577 – BVerwG, NJW 55/962 ff., BVerwG, NJW 56/1453, BVerwG, WuW 57/404

⁵¹⁾ Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, S. 7 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 10, 17 – Huber, DOV 56/138

⁵²⁾ Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 10 – Nipperdey, Die für das Wirtschaftsleben wesentlichen Rechte, S. 231, BVerwG, NJW 55/963

⁵³⁾ Ballerstedt, DOV 51/160 – Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, S. 673/674 – Schüle, VVDStRL 11, S. 143/144

⁵⁴⁾ Haas, DOV 54/71 – Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte, S. 31 – Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 167

⁵⁵⁾ WuW 55/669

Weber⁵⁶⁾ erkennt zwar den grundrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit an, will ihn aber nicht aus Art. 2, sondern aus Art. 14 GG entnehmen, während Hamel⁵⁷⁾ ihn aus Art. 12 und 14 GG ableitet. Auch Biedenkopf⁵⁸⁾ hat Zweifel daran, ob die Vertragsfreiheit überhaupt im Rahmen des Art. 2 GG geschützt ist, schließt aber auf jeden Fall daraus, daß die anderen wesentlicheren wirtschaftlichen Freiheitsrechte in Art. 12 und 14 dem Gesetzesvorbehalt unterstellt sind, daß auch die Vertragsfreiheit unter Gesetzesvorbehalt stehen muß.

Ganz eigene Wege geht neuerdings Laufke, der feststellt, daß die Vertragsfreiheit nur soweit in Art. 2 geschützt sei, als sich der Schutz nicht aus anderen, speziellen Grundrechten ergebe⁵⁹⁾.

Auf alle diese Ansichten wird in der Folge noch einzugehen sein.

3. Stellungnahme zur herrschenden Lehre über die Geltung des Art. 2 GG im Bereich der Wirtschaft.

Es ist also zu untersuchen, ob die herrschende Meinung, daß die grundrechtliche Verbürgung der Vertragsfreiheit in allen Fällen aus Art. 2, Abs. 1 GG zu entnehmen sei, richtig ist, bzw. ob Art. 2, Abs. 1 überhaupt ein echtes Grundrecht darstellt.

Diese letztere Frage kann mit der herrschenden Meinung bejaht werden. Art. 1, Abs. 3 spricht von den „nachfolgenden Grundrechten“, so daß schon nach der Wortinterpretation der nachfolgende Art. 2 ein echtes Grundrecht enthalten muß, zumal in Art. 2 ausdrücklich ein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit festgelegt ist. Aber nicht nur die bloße Auslegung nach dem Wortlaut, die immer etwas problematisch ist, sondern auch der Sinn der Verfassung spricht für die Annahme eines echten Grundrechtes. In einer Zeit der sich ständig entwickelnden Technik und damit auch immer wieder neuer Eingriffsmöglichkeiten des Staates in die Privatsphäre des Bürgers ist es nicht nur sinnvoll, sondern sogar unerlässlich, einen ganz umfassenden Grundrechtsschutz dieser Privatsphäre und der ungestörten Entfaltungsmöglichkeit des Einzelnen zu gewährleisten. Wenn man in Art. 2, Abs. 1 GG nur ein allgemeines Grundprinzip ohne unmittelbare Verbindlichkeit sehen wollte, so würde man schon jetzt weite Bereiche unseres Lebens ohne grundrechtlichen Schutz lassen, und diese Bereiche würden sich rasch vergrößern. Ein solches Ergebnis aber kann weder der Wille der noch ganz unter dem abschreckenden Eindruck der Einschränkung der Freiheit in der NS-Zeit stehenden Schöpfer der Verfassung gewesen sein, noch läßt es sich mit den allgemeinen Prinzipien unserer freiheitlichen demokratischen Grundordnung vereinbaren.

Die Annahme, Art. 2 sei in allen Fällen Grundlage der Vertragsfreiheit, scheitert auch nicht etwa daran, daß das wirtschaftliche

⁵⁶⁾ Eigentum und Enteignung, S. 358

⁵⁷⁾ Die Bedeutung der Grundrechte, S. 35

⁵⁸⁾ BB 56/473 ff.

⁵⁹⁾ Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, insbes. S. 156 u. 162

Verhalten des Menschen nicht durch den Begriff der Entfaltung der Persönlichkeit gedeckt werde. Es kann schon sehr fraglich sein, ob „Entfaltung der Persönlichkeit“ nicht nur überhaupt dasselbe sein soll wie Entfaltung des Lebensbereichs der eigenen Person. Selbst wenn man aber das Wort Persönlichkeit ethisch auslegen zu müssen glaubt, kann dies noch nicht dazu berechtigen, generell das wirtschaftliche Leben als für die „Entfaltung der Persönlichkeit“ unerheblich darzustellen. Es ist weltfremd anzunehmen, die Entfaltung der Persönlichkeit könne erfolgen, ohne daß auch die wirtschaftliche Basis für ein menschenwürdiges Dasein gegeben ist⁶⁰⁾.

Für den Durchschnittsmenschen gehört, um überhaupt seine eigene Persönlichkeit würdig entfalten zu können, demgemäß das wirtschaftliche Leben zu dem Rahmen, den er sich selbst gestalten muß, und ist demnach grundsätzlich vorbehaltlich einer noch zu treffenden Einschränkung in Art. 2, Abs. 1 mit erfaßt und geschützt.

Mit der Feststellung, daß die Annahme der generellen Gewährleistung der Vertragsfreiheit durch Art. 2, Abs. 1 GG nicht daran scheitert, daß Art. 2, Abs. 1 GG den wirtschaftlichen Bereich nicht berührt, ist allerdings noch nicht entschieden, ob nicht diese Annahme aus anderen Gründen unzutreffend ist. Hierzu bedarf es weiterer Untersuchungen.

4. Das Verhältnis des Art. 2 GG zu den anderen Einzelgrundrechten

Neben dem Grundrecht des Art. 2, Abs. 1 GG stehen die einzelnen Freiheitsrechte der Art. 4 ff. GG. Die Frage danach, in welchem Verhältnis sie zu Art. 2, Abs. 1 stehen, kann vielleicht einen Anhaltspunkt dafür geben, ob weitere konkrete Rechtsinstitutionen, die im Grundrechtskatalog nicht ausdrücklich erwähnt sind (wie etwa die Vertragsfreiheit, Konsumfreiheit etc.), als durch Art. 2, Abs. 1 GG geschützt angesehen werden dürfen und in welchen Grenzen.

Ein Teil der Lehre und der Judikatur vertritt die Ansicht, daß die einzelnen anderen Freiheitsrechte der Art. 4 ff. nur Anwendungsfälle des allgemeinsten und obersten Freiheitsrechts des Art. 2, Abs. 1 GG seien, und zwar mit der Folge, daß die Schranken des Art. 2, Abs. 1 auch für alle einzelnen Freiheitsrechte gelten⁶¹⁾.

⁶⁰⁾ vgl. Anschütz, Kommentar zur WV, S. 699 (Anm. 1. zu Art. 151 WV): „Die Gerechtigkeit aber fordert, allem zuvor, Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alles, was Menschenantlitz trägt“.

⁶¹⁾ Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 10 – Dürig, AöR 79/59 f. – Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, S. 12 – Giese, Grundgesetz, S. 14 – Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 63 – Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 660 – Huber, DÖV 56/141 – Ipsen, Gleichheit, S. 130 – Ipsen, DVBl. 56/362 – Kleinrahm, DV 49/540 – Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 13 – Maunz, Starke und schwache Normen in der Verfassung, S. 146 – Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 8, 9 – Oppermann, AöR 80/472 – Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, S. 677 – Ridder, Meinungsfreiheit, S. 284 – Scholtissek, NJW 52/563 – Sieg, Wirtschaftsdienst 1950, Heft 7, S. 15 – Wernicke, Bonner Kommentar zu Art. 2, S. 2 – Hamb. OVG, DVBl. 53/405, OVG Lüneburg, DVBl. 51/383 – OVG Münster, JZ 51/277 – OVG Münster, DVBl. 53/475 Württbg. Bod. VGH, in VRSpr. 4/489

Scheuner bezweifelt zwar angesichts der selbständigen historischen Entwicklung der einzelnen Grundrechte den Charakter des Art. 2, Abs. 1 als eines Obersatzes aller Freiheitsrechte, sieht aber dennoch die Bindungen des Art. 2, Abs. 1 als für alle Grundrechte gültig an⁶²⁾. Demgegenüber betont die Rechtsprechung der obersten Gerichte, insbesondere des BVerwG und des BGH zusammen mit einem Teil der Literatur, daß Art. 2, Abs. 1 GG und die einzelnen Freiheitsrechte unabhängig nebeneinander stehen und folglich die Beschränkungen des Art. 2, Abs. 1 GG bei den anderen Freiheitsrechten nicht anwendbar seien⁶³⁾.

Allerdings wird insbesondere in der Rechtsprechung des BVerwG eine andere Einschränkung gemacht, die sachlich nahezu zu demselben Ergebnis führen dürfte, wie die Vorbehalte in Art. 2, Abs. 1 GG, nämlich die Einschränkung, daß ein Grundrecht dann nicht in Anspruch genommen werden könne, wenn dadurch andere Grundrechte oder die für den Bestand der Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüter gefährdet werden (Gemeinschaftsklausel) ⁶⁴⁾.

5. Die Zulässigkeit gesetzlicher Eingriffe in Grundrechte

Beide Ansichten bedeuten für die Frage der Möglichkeit eines gesetzlichen Eingriffes in die Grundrechte:

Soweit das Spezialgrundrecht einen Gesetzesvorbehalt macht, ist der Gesetzgeber vorbehaltlich einer für das Einzelgrundrecht noch anzustellenden Prüfung, die weiter unten erfolgen soll, befugt, nach seinem Belieben den Inhalt des Grundrechts durch Gesetze auszugestalten und eventuell einzuschränken.

Soweit ein besonderer Gesetzesvorbehalt nicht gemacht ist, oder die Schranken bei dem einzelnen Freiheitsrecht enger erscheinen als die in Art. 2, Abs. 1 GG, steht jedes einzelne Freiheitsrecht gleichzeitig unter diesen gegenständlich bestimmten Schranken, sei es, daß man sie – was hier nicht entschieden zu werden braucht – direkt aus Art. 2, Abs. 1 als dem Obersatz aller Freiheitsrechte entnimmt, sei es, daß die allgemeinen Gedanken des Bestandsschutzes des Staates und der sozialen Ordnung eine schrankenlose Grundrechtsgewährleistung als unmöglich erscheinen lassen.

Diese Auffassung, daß die Schranken des Art. 2, Abs. 1 GG in jedem Falle die Mindestschranken eines jeden Grundrechts sind, kann man allerdings nur dann vertreten, wenn man nicht der Ansicht des BVerfG⁶⁵⁾ folgt, daß der Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ in Art. 2, Abs. 1 GG gleichzusetzen sei mit der Gesamtheit der mit

⁶²⁾ VVDStRL 11, S. 61; DÖV 56/69

⁶³⁾ BGH, DVBl. 53/472 – BGH, NJW 56/253 – BVerwG, NJW 54/524 – BVerwG, NJW 55/1533 – BVerwG, WuW 56/246 – OVG Berlin, DVBl. 55/565 – Fischer, Deine Rechte im Staat, S. 24 – Kuchtnier, WuW 57/104 – v. Turegg, NJW 54/96 – Werner, AöR 81/98, 99

⁶⁴⁾ BVerwG, NJW 54/525 – BVerwG, DÖV 55/732 – OVG Münster, DÖV 54/632 – Stamm, JZ 55/150 f. – Wolf, DVBl. 56/438

⁶⁵⁾ NJW 57/297

der Verfassung im Einklang stehenden Rechtsnormen, daß also durch jedes nach den Regeln der Verfassung zustandekommende Gesetz, das nicht gerade in den Wesensgehalt des Grundrechts eingreife, dem Recht der Persönlichkeitsentfaltung gemäß Art. 2, Abs. 1 GG eine Schranke gesetzt sei. Wenn man dieser Annahme folgt, muß man auch insoweit der Ansicht des BVerfG zustimmen, daß die Schranken des Art. 2, Abs. 1 nicht auf die Spezialgrundrechte übertragbar sind, weil sonst nämlich jedes Einzelgrundrecht dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterstünde.

Diese Ansicht ist aber durchaus nicht unbestritten. Vor der Entscheidung des BVerfG konnte der Streit darüber, was unter verfassungsmäßiger Ordnung zu verstehen sei, als nahezu entschieden angesehen werden. Während noch vor einigen Jahren ein Teil der Lehre⁶⁶⁾ den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung weit auslegte und ihn im Ergebnis mit jeder verfassungsmäßig zustandegekommenen gesetzlichen Regelung gleichsetzte, betonte in der Folgezeit die herrschende Meinung, daß unter der verfassungsmäßigen Ordnung lediglich die tragenden Grundprinzipien des Grundgesetzes, sein materieller Kerngehalt, zu verstehen seien⁶⁷⁾.

Auch in der Folge hat sich die überwiegende Lehre durchaus nicht der Auffassung des BVerfG angeschlossen. Lediglich Zeidler⁶⁸⁾ verteidigt die weite Auslegung des Begriffs der verfassungsmäßigen Ordnung, wie sie das BVerfG vorgenommen hat, alle anderen bisherigen Stellungnahmen sind kritisch und negativ⁶⁹⁾.

In der Tat vermag die Gedankenführung des BVerfG nicht zu überzeugen. Das Unternehmen, den Begriff der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 2 anders zu interpretieren als in Art. 9, wo er auch nach Ansicht des BVerfG eng ausgelegt werden muß, läßt sich auch nicht aus der Verschiedenheit der Normenadressaten begründen, denn Adressat beider Grundrechte ist letztlich der einzelne Bürger, wobei es nur unwesentlich ist, ob er als Individuum oder als Gruppe auftritt und von den Grundrechten Gebrauch machen möchte.

Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes sagt über die Auslegung des Begriffes der verfassungsmäßigen Ordnung nur wenig, und gerade bei einer Verfassung, die notwendigerweise sich ständig verändernden Verhältnissen anpassen muß (insbesondere in einer Zeit völligen

⁶⁶⁾ Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, S. 37 – v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, S. 47 – Meyer-Cording, JR 51/229 – OVG Berlin, DVBl. 55/568

⁶⁷⁾ Dürig, JZ 53/197 – Fischer, Deine Rechte im Staat, S. 26 – Forsthoff, BB 53/421 – Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, S. 8 – Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 64 – Hamann, Grundgesetz, S. 83 – Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte, S. 33 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 17 – Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 663 – Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, S. 53 – Krüger, DVBl. 50/627 – Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 24 – Müller, BB 56/972 – Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 15 – Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, S. 675/676 – Ridder, Meinungsfreiheit, S. 285 – Scheuner, VVDStRL 11, S. 21 – etwas weitergehend: Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 175/176 – Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 91

⁶⁸⁾ BB 57/342 ff.

⁶⁹⁾ Dürig, JZ 57/169 ff. – Hamann, BB 57/229 ff. – Hamann, BB 57/343 ff. – Rohde-Liebenau, NJW 57/817 f. – Schätzler, NJW 57/818 f.

staatlichen Neuaufbaus), kann eine Interpretation aus der Entstehungsgeschichte nur mit allergrößter Vorsicht vorgenommen werden.

Vor allem aber spricht die Formulierung des Art. 2, Abs. 1 gegen die Ansicht des BVerfG. Es ist nicht einzusehen, warum, wenn der Vorbehalt der „verfassungsmäßigen Ordnung“ gleich dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt sein sollte, der Gesetzgeber dies nicht, wie bei manchen Einzelgrundrechten und auch in Art. 2, Abs. 2, ausdrücklich ausgesprochen hat, und es ist erst recht nicht verständlich, was, wenn schon die Erwähnung der „verfassungsmäßigen Ordnung“ ein Eingriffsrecht des Gesetzgebers bis zur Grenze des Wesensgehalts des Grundrechts geben soll, dann noch die ausdrückliche Erwähnung der Rechte anderer und des Sittengesetzes soll⁷⁰⁾.

Auch eine Notwendigkeit, den Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung“ derart weit zu interpretieren, vermag ich nicht anzuerkennen. Die Belange der staatlichen Ordnung können durchaus gewahrt werden, wenn man die „verfassungsmäßige Ordnung“ nur mit den Grundprinzipien des Grundgesetzes gleichsetzt, da zu diesen auch die Sozialstaatsentscheidung der Art. 20 und 28 GG zu rechnen ist und somit auch bei dieser Auslegung unbedingt notwendige staatliche Eingriffe zulässig sind. (Das Problem, was die Sozialstaatsklausel im einzelnen bedeutet und welche Eingriffsmöglichkeiten sie gibt, ist noch an anderer Stelle zu untersuchen.)

Da somit zumindest kein klarer Beweis für die Notwendigkeit einer weiten Auslegung des Begriffes der „verfassungsmäßigen Ordnung“ zu führen ist, und sich diese Auslegung auch nicht eindeutig aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte ergibt, ja zumindest der Wortlaut dieser Auslegung stark entgegenzustehen scheint, muß nach der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes die Beschränkung des Grundrechts der Entfaltungsfreiheit eng ausgelegt werden, da man nicht übersehen darf, daß, unbeschadet der Sozialstaatsklausel, die (ohne diese Frage jetzt näher zu untersuchen) eine Bindung des Bürgers an das Wohl der Gemeinschaft bedeutet, die Eingriffsrechte des Staates im Grundgesetz auf ein Mindestmaß zurückgedrängt werden sollten. Damit aber läßt sich auch der Ausgangssatz, daß alle Grundrechte, soweit sie nicht gar einem weitergehenden Gesetzesvorbehalt unterstehen, zumindest den in den Schranken des Art. 2, Abs. 1 GG geschützten Werten weichen müssen, ohne Bedenken wegen einer Aushöhung der Grundrechte aufrechterhalten.

Da in diesem Rahmen ein ausreichender Schutz der Belange der Gemeinschaft möglich ist, vermag ich auch nicht der Ansicht der BVerfG in einer früheren Entscheidung zu folgen, in der es ausführ⁷¹⁾:

„Der einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumut-

⁷⁰⁾ Dürig, JZ 57/171 f.

⁷¹⁾ NJW 54/1235

baren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt“.

Wenn auch ein Teil der Literatur⁷²⁾ dieser Ansicht von den „immanenten Schranken“ folgt, so kann diese These wegen ihrer zu großen Unbestimmtheit nicht voll akzeptiert werden. Auf die Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens könnte sich schließlich und letztlich auch ein totalitärer Staat, gleich welcher Prägung, berufen, wenn er weitestgehende Eingriffe vornimmt, und von hier bis zu einer sehr engen Auslegung der „Eigenständigkeit der Person“ ist nur ein sehr geringer Schritt.

Es muß vielmehr darauf bestanden werden, entsprechend dem freiheitlichen Grundcharakter des Grundgesetzes, daß nur zwingende Notwendigkeiten zu Eingriffen in ein Grundrecht berechtigen, und diese sind eben umrissen mit den Begriffen der Weiterexistenz des Staatsverbands (= verfassungsmäßige Ordnung) und der Wertbezogenheit des menschlichen Handelns (= Sittengesetz). Ebenso wenig wie etwa das Grundrecht der Religionsfreiheit schrankenlos dahin gewährt werden kann, daß etwa unter Berufung auf sie ein Verstoß gegen die abendländische Sittenordnung, wie die Geschwisterehe oder Vielweiberei, erlaubt werden könnte, können auf der anderen Seite weit hergeholte historische Vorstellungen oder unbestimmte soziale Überlegungen Eingriffe in ein Grundrecht zulässig machen, bei dem nicht ausdrücklich ein Gesetzesvorbehalt gemacht ist.

Damit ist festzustellen, daß über die Schranken des Art. 2, Abs. 1 GG hinaus weitere immanente Schranken der Grundrechte nicht anerkannt werden können⁷³⁾.

Eine besondere Betrachtung verdient die Schranke der Grundrechtsgewährleistung, die in den Rechten anderer besteht. Diese Schranke, die nur in Art. 2, Abs. 1 GG ausdrücklich festgelegt ist, muß bei den einzelnen anderen Freiheitsrechten mit äußerster Vorsicht angewandt werden. Krüger sagt mit Recht:⁷⁴⁾

„Wenn Art. 2 der Persönlichkeitsentfaltung eine Schranke in den Rechten anderer zieht, so ist dies nichts anderes als eine Anwendung des Gleichheitsgedankens: Wie der individuelle Gebrauch eines öffentlichen Weges nicht weiter gehen darf, als es der gleiche Gebrauch anderer gestattet, so darf sich auch die Persönlichkeitsentfaltung nicht zum Schaden des gleichen Rechts einer anderen Persönlichkeit vollziehen. Art. 2 stellt also die Individuen und ihre Rechte einander gleich.“

Aber dieser Satz gilt nur, wenn das nicht konkretisierte Recht der Persönlichkeitsentfaltung auf ein bereits von der Rechtsordnung in einer bestimmten Ausgestaltung anerkanntes anderes privates oder öffentliches Recht trifft. Hier verdrängt also gewisser-

⁷²⁾ Apelt, JZ 51/355 – Dürig, NJW 55/731 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 21 – Scheuner, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3, S. 159

⁷³⁾ BGH, DOV 55/731

⁷⁴⁾ NJW 55/203

maßen das speziellere Recht des einen das generelle Recht des anderen, und es muß dies tun, weil der Umfang des Rechts aus Art. 2, Abs. 1 zunächst derart uferlos ist, daß es nach allen Seiten hin kollidieren muß und sein generelles Zurücktreten der einzig praktische Ausweg für alle Kollisionsfälle ist.

Möglicherweise muß jedoch eine andere Entscheidung gefällt werden, wenn ein Spezialgrundrecht mit einem sonstigen Recht anderer zusammentrifft. Mit Hamann⁷⁵⁾ kann man annehmen, daß unter Rechte anderer

„alle mit der Verfassung, insbesondere dem Grundrechtsteil, zu vereinbarenden, von der Gesetzgebung oder Rechtsordnung sanktionierten oder ausgestalteten Individualrechte anderer natürlicher oder juristischer Personen“

zu verstehen sind (ob dies auch andere Grundrechte sein können, wird an späterer Stelle zu untersuchen sein). Hier, bei diesem Konflikt konkretisierter Einzelrechte, wird man nicht generell sagen können, daß das Spezialgrundrecht in jedem Falle einem evtl. nicht einmal grundrechtlich geschützten privaten oder öffentlichen Recht anderer zu weichen habe. Man wird andererseits auch nicht unbesehen und für alle Fälle den Vorrang des Grundrechts annehmen können. Es bleibt vielmehr die vornehmste Aufgabe der Gesetzgebung, aus den Gesichtspunkten der Gerechtigkeit und des sozialen Wertes der einzelnen Interessen diesen Widerstreit zu schlichten⁷⁶⁾.

Insoweit also wird man von den Schranken des Art. 2, Abs. 1 GG die Schranke der Rechte anderer zumindest nicht unbesehen auf alle anderen Grundrechte übertragen können. Schon gar nicht wird das auf dem Wege möglich sein, daß man die Gewährleistung der Rechte anderer als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ansieht. Das scheitert nicht nur daran, daß dann die Aufzählung der Rechte anderer neben der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 2, Abs. 1 GG überflüssig wäre, sondern vor allem an der bereits angestellten Überlegung, daß es sich um eine Kollision von Rechten, d. h. rechtlich geschützten Interessen handelt, und wie eine solche Interessenkollision gelöst werden soll, läßt sich wohl kaum ohne weiteres aus der verfassungsmäßigen Ordnung entnehmen.

Wir sind damit zu dem Ergebnis gekommen, daß alle Grundrechte beschränkt sind durch die Prinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes, daß des weiteren, soweit durch sie sonstige Rechte anderer verletzt werden, der Gesetzgeber in noch zu untersuchendem Umfange die Befugnis zur Lösung des bestehenden Interessenkonfliktes hat, also letztlich auch zum Schutze anderer in sie eingreifen kann. Neben diesen allgemeinen Schranken besteht in den Fällen, in denen ein besonderer Gesetzesvorbehalt gemacht ist, eine in ihrem Umfang noch zu untersuchende weitergehende Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers.

⁷⁵⁾ Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 64

⁷⁶⁾ vgl.: BGH, JZ 57/592 (für das allgemeine Persönlichkeitsrecht)

Das bedeutet für das von uns hier zu untersuchende Problem der Vertragsfreiheit, daß, wenn sie in Art. 2, Abs. 1 geschützt ist, sie nur den in dieser Bestimmung konstituierten Schranken unterliegt, daß, wenn dieser Schutz aus anderen Grundrechten abzuleiten ist, sie sich die auf diese Grundrechte anwendbaren Beschränkungen und Eingriffsmöglichkeiten gefallen lassen muß, auf jeden Fall aber an den Prinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung und des Sittengesetzes gemessen werden kann.

6. Die Vertragsfreiheit im Bonner Grundgesetz

Nachdem die Feststellung getroffen ist, daß aus dem Gesamtbereich der Persönlichkeitsentfaltung gem. Art. 2 GG verschiedene Freiheitsrechte als *leges speciales* ausgeklammert sind und diesen soweit verdrängen⁷⁷⁾ (wobei es dahingestellt bleiben kann, ob die Einzelgrundrechte sich tatsächlich von dem allgemeineren Grundrecht des Art. 2, Abs. 1 GG herleiten oder ob sie als die historisch älteren dem allgemeinen Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung nur den Raum gelassen haben, den sie nicht schon vorher besetzt hielten), erscheint es als verwunderlich, daß die bereits in der Weimarer Verfassung verbrieftete Vertragsfreiheit im Grundgesetz keine besondere Erwähnung erfahren hat, obwohl sie doch für den einzelnen Staatsbürger von mindestens ebenso großer Bedeutung ist wie die meisten anderen ausdrücklich niedergelegten Grundrechte.

Wenn für diese unterschiedliche Behandlung überhaupt ein Grund gefunden werden kann, dürfte dieser darin liegen, daß die meisten anderen Grundrechte den allgemeinen Satz von der Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung auf besonderen Gebieten wiederholen und spezifizieren (so etwa Art. 4 für den Bereich des religiösen Lebens, Art. 6 für den Bereich der Familie, Art. 8 und 9 für den Bereich des sozialen Zusammenlebens und -wirkens, Art. 12 für den Bereich des Berufs etc.), während die Vertragsfreiheit keinen besonderen Bereich innerhalb der freien Persönlichkeitsentfaltung umreißt, sondern ein Mittel ist, um die Entfaltung der Persönlichkeit zu gewährleisten.

Diese notwendigen Mittel zur Sicherung der durch Grundrechte geschützten Werte alle aufzuzählen und selbst als Grundrechte auszugestalten, ist eine Aufgabe, die den Grundrechtsteil einer jeden Verfassung sprengen würde, und deshalb sind von ihnen stets nur einige wenige, historisch bedeutsame in den Katalog der Freiheitsrechte aufgenommen worden. In der Weimarer Verfassung zählte zu diesen ausdrücklich erwähnten notwendigen Mitteln der Realisierung der Grundrechte auch die Vertragsfreiheit, der Parlamentarische Rat in seinem Bestreben zur Straffung des Grundrechtsteils hat von dieser Gruppe nur einige wenige Bestimmungen wie etwa die Art. 10 und 11 übernommen, eine dem Art. 152, Abs. 1 WV entsprechende ausdrückliche Regelung aber nicht getroffen.

⁷⁷⁾ Benkendorff, WRP 55/233 – Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 159 – Dürig, NJW 55/730 – Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 92

Wenn man nun davon ausgeht, daß die Vertragsfreiheit kein Selbstzweck ist, sondern lediglich ein Mittel zum Zwecke der Entfaltung der Persönlichkeit, so lassen sich daraus zwei Schlußfolgerungen ziehen:

1. Das Mittel kann sinnvollerweise niemals stärker geschützt sein als der Zweck, d. h. für unsere Untersuchung, die Vertragsfreiheit kann niemals stärker geschützt sein als das Grundrecht, dessen Verwirklichung sie garantiert.

2. Wenn man die Zweckerreichung nicht illusorisch machen will, muß das notwendige Mittel in der Regel ebenso stark geschützt sein wie der Zweck, d. h. aber für unsere Untersuchung, die Vertragsfreiheit muß den gleichen Schutz gegen Angriffe von außen genießen wie das Grundrecht, für dessen volle Verwirklichung sie erforderlich ist. Es kann wohl nicht bestritten werden, daß die Möglichkeit, sich frei verpflichten und Rechte erwerben zu können, Bindungen und Ordnungen schaffen zu können, eine wesentliche Voraussetzung der Entfaltung der Persönlichkeit ist. Das scheint nach den oben angestellten Untersuchungen zwingend zu dem Ergebnis zu führen, daß die Vertragsfreiheit als Mittel zur Verwirklichung des Artikels 2, Abs.1 GG durch diesen geschützt und nur den Grenzen dieses Grundrechts unterworfen ist.

Daß dieses Ergebnis seltsam anmutet in Anbetracht der Tatsache, daß eine für die freie Entfaltung der Persönlichkeit mindestens ebenso wichtige Institution wie das Eigentum nur unter Vorbehalt des Gesetzes geschützt ist, liegt auf der Hand, und es ist durchaus verständlich, daß Weber deshalb die Vertragsfreiheit ganz dem Art. 14 GG unterstellen möchte und daß Biedenkopf⁷⁸⁾ den Schluß gezogen hat, daß auch die Vertragsfreiheit nur nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet sein könne. Immerhin wird man hier nicht ohne weiteres das Argument widerlegen können, daß Weber seine These nicht näher bewiesen hat und daß die Biedenkopf'sche Schlußfolgerung eine Analogie zu Ungunsten des Grundrechtsträgers darstelle, die bei dem anerkannt freiheitlichen Charakter des Grundgesetzes wohl ebenso wenig zulässig ist, wie eine Analogie zu Ungunsten des Angeklagten im Strafprozeß. Andererseits ist auch der Einwand, daß, wenn die Vertragsfreiheit keinem Gesetzesvorbehalt unterliegen würde, eine Unzahl von Gesetzen gerade auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts verfassungswidrig sein würde⁷⁹⁾, ein starker Hinweis darauf, daß der Verfassungsgeber einen so weitgehenden Schutz der Vertragsfreiheit nicht gewollt haben kann, aber auch nicht mehr, denn der Wille des Verfassungsgesetzgebers allein kann nicht Grundlage der Gesetzesauslegung sein.

Die Lösung des Problems ergibt sich meiner Ansicht nach aus der Zusammenfassung der Überlegungen über das Wesen der Vertragsfreiheit als Mittel zum Zweck der Verwirklichung echter Freiheitsrechte

⁷⁸⁾ BB 56/473 ff.

⁷⁹⁾ vergl. die Aufstellung bei Rasch, WuW 55/675

und über das Verhältnis der einzelnen Freiheitsrechte zu Art. 2, Abs. 1 GG.

Wenn die einzelnen Freiheitsrechte ganz generell Art. 2, Abs. 1 GG soweit verdrängen, als sie einen bestimmten Bereich der Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung regeln, dann ist eben auf diesen speziellen Gebieten die Vertragsfreiheit ein Mittel zur Verwirklichung nicht des allgemeinen Grundrechts des Art. 2, Abs. 1, sondern des jeweiligen speziellen Grundrechts. Das aber wiederum bedeutet, wie wir oben gesehen haben, da die Vertragsfreiheit nicht stärker geschützt sein kann als das Grundrecht, das sie im Einzelfall realisiert, praktisch also folgendes:

Soweit Verträge auf einem Gebiet abgeschlossen werden, das dem allgemeinen oder einem speziellen Gesetzesvorbehalt unterworfen ist, steht auch die Vertragsfreiheit unter dem Gesetzesvorbehalt.

7. Die Vertragsfreiheit auf den einzelnen Rechtsgebieten

Es wird nun zu untersuchen sein, auf welche Grundrechte sich im Einzelfall die Vertragsfreiheit stützen kann.

a) In erster Linie kommt hier das Grundrecht der Berufs- und Gewerbefreiheit gemäß Art. 12 GG in Frage. Ob unter diesem Grundrecht das Wirtschaftsleben als Ganzes erfaßt werden kann, ist umstritten. Die herrschende Meinung versteht unter dem Ausdruck Beruf als Oberbegriff in Art. 12 auch das Gewerbe, wobei man von der Mangoldt'schen Definition⁸⁰⁾ ausgeht:

„Unter Beruf ist jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung zu verstehen“⁸¹⁾.

Demgegenüber vertreten Haußleiter⁸²⁾, Sieg⁸³⁾ und das OVG Münster⁸⁴⁾ die Anschauung, daß keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß Art. 12 mit dem Begriff Berufsfreiheit auch die Gewerbefreiheit habe regeln wollen.

Man wird der herrschenden Meinung, die das Gewerbe als durch Art. 12 GG geschützt ansieht, folgen müssen. Beruf heißt letztlich nichts anderes, als Entfaltung der menschlichen Kräfte auf wirtschaftlichem Gebiet zum Zwecke der Gewinnerzielung bzw. des Erwerbs

⁸⁰⁾ v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, S. 92

⁸¹⁾ Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 10 – Becker, NJW 55/1738 – Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 67 – Hamann, BB 56/24 – Hamann, Grundgesetz, S. 134 – Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, S. 58 – Kuchner, WuW 57/104 – Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, S. 31 – Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 363 – Müller, Diss., S. 17 – Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 10 – Nipperdey, Die für das Wirtschaftsleben wesentlichen Rechte, S. 223 – Scheuner, VVDStRL 11, S. 62 – Strickrock, BB 55/108 – Über, Freiheit des Berufs, S. 149/150 – BGH, GRUR 52/583 – OVG Lüneburg, DVBl. 51/382

⁸²⁾ DOV 52/498

⁸³⁾ DVBl. 50/198 ff.

⁸⁴⁾ DOV 54/631

des Lebensunterhaltes. Diese Definition aber trifft sowohl die unselbständige „berufliche“ Tätigkeit, als auch die selbständige, also gewerbliche.

Wenn diese Überlegung allein nicht hinreichen sollte, so muß eine bereits oben angestellte Erwägung noch weiter helfen, nämlich, daß entsprechend dem freiheitlichen Charakter des Grundgesetzes eine Grundrechtsnorm ganz allgemein, wenn sie zu Zweifeln Anlaß gibt, zu Gunsten des Grundrechtsträgers ausgelegt werden muß⁸⁵⁾.

Diese Auslegung ist insbesondere dann durchaus möglich, wenn wie im Falle des Art. 12 die Berufsausübung, also doch letztlich die praktische Realisierung der Berufsfreiheit, unter den Vorbehalt des Gesetzes gestellt und damit dem Gesetzgeber die Möglichkeit gegeben ist, auch die sozialen Belange anderer und der Gesamtheit entsprechend zu berücksichtigen. Damit aber umfaßt das Grundrecht des Art. 12 praktisch das gesamte Wirtschaftsleben, und damit steht gemäß Art. 12, Abs. 1, Satz 2 das Wirtschaftsleben als solches unter dem Vorbehalt des Gesetzes. Dies wird zwar von Nipperdey⁸⁶⁾ und Benisch⁸⁷⁾, bestritten, die den Gesetzesvorbehalt des Art. 12 eng polizeilich deuten wollen, wohl aber zu Unrecht, denn hierfür finden sich im Wortlaut des Art. 12, Abs. 1, Satz 2 keinerlei Anhaltspunkte. Auch die Entstehungsgeschichte spricht nicht für diese Auslegung, denn es ist wohl kaum anzunehmen, daß die SPD und auch ein großer Teil der z. Zt. des Ahlener Programms doch noch recht planwirtschaftlich eingestellten CDU auf jede Möglichkeit einer Wirtschaftslenkung haben verzichten wollen, für die sich als „Einfallstor“ doch gerade der Art. 12, Abs. 1, Satz 2 darbietet.

Wenn aber weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte des Grundrechts eine enge Auslegung des Gesetzesvorbehaltes nahelegen, so darf der Rahmen der gesetzlichen Eingriffsbefugnisse bei allem Respekt vor der Freiheitssphäre des Individuums nicht zu eng gezogen werden. Man darf nicht übersehen, daß das Grundgesetz sich in Art. 20 und 28 zum Sozialstaat bekennt und dieser notwendigerweise gewisse Eingriffe in die Wirtschaft bedingt, wenn auch die Meinungen über das Ausmaß dieser Eingriffe geteilt sein können. Außerdem ist gerade der wirtschaftliche Bereich mit eines der Gebiete, auf dem Interessengegensätze am härtesten aufeinanderprallen, und ein *laissez faire* unter völligem Verzicht auf gesetzgeberische Lösungen der Interessenkonflikte könnte sehr leicht zu einer sozialen Katastrophe führen. Damit dürfte auch umrissen sein, inwieweit die Vertragsfreiheit sich auf Art. 12 GG stützen kann und wo ihre Grenzen liegen.

Alle Verträge, die den gewerblichen Austausch von Gütern und Leistungen regeln, sowie alle Verträge des Arbeitsrechtes, unterstehen dem Art. 12 und sind damit einer gesetzlichen Regelung zugänglich. Das gilt auch für die Verträge, die nur auf der einen

⁸⁵⁾ Hamann, Grundgesetz, S. 59

⁸⁶⁾ Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 16

⁸⁷⁾ WuW 56/651

Seite gewerblicher Natur sind, also beispielsweise Verkauf von dem Einzelhändler an den Endverbraucher, wobei allerdings eine gesetzliche Regelung aus dem Gesichtspunkt des Art. 12 GG nur auf der Seite des Gewerbetreibenden einsetzen kann.

b) Verträge, durch die Eigentum und sonstige dingliche Rechte übertragen werden, sind (gegebenenfalls neben ihrer Eigenschaft als gewerbliche Verträge) Mittel zur Realisierung des Grundrechts „Eigentum“ (Art. 14 GG) und unterstehen deshalb dessen Grenzen, d. h. praktisch dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt.

Der weitergehenden Ansicht von Weber, der alle Verträge unter den Schutz des Art. 14 GG stellen will, vermag ich nicht zu folgen. Zwar umfaßt der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff in Art. 14 neben dem Eigentum auch andere Vermögensrechte, und soweit deren Übertragung in Frage steht, ist durchaus die Vertragsfreiheit aus Art. 14 abzuleiten.

Darüber hinaus aber weitergehend ganz allgemein alle Verpflichtungsgeschäfte zu Sachleistungen schon als Mittel zur Verwirklichung des Grundrechts „Eigentum“ anzusehen, dürfte zu weit gehen; das widerspricht letztlich auch der im deutschen Recht genau beachteten Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.

Ganz und gar von Weber übersehen und auf keinen Fall unter Art. 14 zu bringen sind die Verträge, die etwa eine persönliche Dienstleistung, eine Gesellschaftsgründung oder eine Eheschließung zum Inhalt haben.

c) Familienrechtliche Verträge im engeren Sinne, so vor allem die Eheschließung, Adoption usw., stehen unter dem Schutz des Art. 6 GG, unterliegen also nicht dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, sondern lediglich den enger umrissenen Schranken des Art. 2, Abs. 1, bzw. den inhaltlich wohl gleichen Schranken, wie sie in der Rechtsprechung des BVerwG aufgezeichnet sind. (Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß für einen Teil der in der Ehe geschlossenen Verträge, insbesondere solche güterrechtlicher Art, durchaus die Anwendung des Art. 14 GG zulässig ist und damit gesetzliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit möglich sind.)

d) Für den Abschluß von Erbverträgen und überhaupt auf dem Gebiete der Testierfreiheit bestimmt sich der grundrechtliche Schutz nach Art. 14 GG. Da auch das Erbrecht gem. Art. 14, Abs. 1, Satz 2 der inhaltlichen Gestaltung durch den Gesetzgeber zugänglich ist, kann auch insoweit die Vertrags- und Testierfreiheit durch Gesetz geregelt und eingeschränkt werden.

e) Für die Gründung von Vereinigungen, also den Abschluß von Gesellschaftsverträgen etc., ergibt sich der grundrechtliche Schutz der Vertragsfreiheit aus Art. 9 GG. Das bedeutet, daß die Vereinsgründung und -satzung nicht dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterliegt, sondern nur gemäß den engeren Grenzen des Art. 9, Abs. 2 GG gesetzlich geregelt werden kann.

Das muß auch für die Gründung von Vereinigungen mit ausgesprochen wirtschaftlichem Charakter gelten. Hier kann nicht etwa schon

für die Gründung der Gewerkschaft der Gesetzesvorbehalt des Art. 12, Abs. 1, Satz 2 angewandt werden. Erst die Berufsausübung unterliegt dem Gesetzesvorbehalt. Die neu entstehende juristische Person aber übt erst das Gewerbe aus, nachdem sie entstanden ist.

Von da ab allerdings unterliegt sie für die Art ihrer Betätigung dem Vorbehalt des Art. 12, Abs. 1, S. 2.

f) Unmittelbar unter dem Schutz des Art. 2, Abs. 1 stehen Verträge dann, wenn sie keines der bereits erwähnten Spezialgebiete berühren. Praktisch ist dieses Gebiet sehr klein. Es beinhaltet etwa den Abschluß von schuldrechtlichen Verträgen nicht gewerblicher Art zwischen Privatleuten, desgleichen – von der einen Seite her gesehen –, den Abschluß von schuldrechtlichen Verträgen zwischen Privatleuten und Gewerbetreibenden.

Aber auch hier kann die Gesetzgebung in gewissen Rahmen eingreifen und die Vertragsfreiheit beschränken, soweit es die drei Vorbehalte des Art. 2, Abs. 1 erfordern. Insbesondere ist hier zu erwägen, daß der Sozialstaatsgedanke als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung gesetzliche Eingriffe erforderlich machen kann, man denke etwa an die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Rationierung in Notzeiten, bei der es nicht nur dem Gewerbetreibenden, sondern auch dem Privatmann unter schweren Strafandrohungen verboten war, ohne Marken im Einzelfall ein Geschäft abzuschließen.

Das hier entwickelte System des grundrechtlichen Schutzes der Vertragsfreiheit entspricht somit in seinen Grundzügen den Gedanken von Laufke⁸⁸⁾, nur mit dem einen, allerdings für das hier untersuchte Thema entscheidenden Unterschied, daß Laufke im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht die schuldrechtlichen gewerblichen Verträge dem Schutz des Art. 2, Abs. 1 GG unterstellt und die Vertragsfreiheit nur bei arbeitsrechtlichen Verträgen aus Art. 12 GG herleiten möchte.

8. Kartellabreden und Vertragsfreiheit

Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, daß Kartellverträge unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit an Art. 12 und nicht an Art. 2 GG gemessen werden müssen, da Kartellverträge alle ihrem Wesen nach in den wirtschaftlichen, gewerblichen Bereich gehören. Damit aber sind sie dem Gesetzesvorbehalt in Art. 12, Abs. 1, Satz 2 GG unterworfen.

Wie bereits ausgeführt, ist diese mögliche Gesetzgebung auf dem Gebiet der Berufsausübung im Gegensatz zu der Meinung von Krüger⁸⁹⁾ und Naumann⁹⁰⁾ nicht auf die Realisierung der Schranken des Art. 2, Abs. 1 beschränkt⁹¹⁾, desgleichen nicht auf Maßnahmen

⁸⁸⁾ Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 162

⁸⁹⁾ Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 13, DVBl. 50/627

⁹⁰⁾ JZ 51/426

⁹¹⁾ Benkendorff, WRP 55/233 – Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 28 f., 67 f. – Ipsen, VVDStRL 11, 85 ff. – Ipsen DVBl. 56/360 – Loppusch, DÖV 51/123 – Nipperdey, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 9 – BGH, DVBl. 53/472 – BGH, NJW 56/353 – BVerwG, DVBl. 56/99 – Hamb. OVG, MDR 55/441

gegen aus der Berufsausübung entstehende Gefahren im polizeirechtlichen Sinne⁹²⁾, wie es neben Nipperdey⁹³⁾ auch das OLG Celle⁹⁴⁾ annimmt.

Vielmehr liegt die einzige Schranke, dem sich das die Berufsausübung regelnde Gesetz unterwerfen muß, in dem Verbot des Art. 19, Abs. 2 GG, den Wesensgehalt des Grundrechts anzutasten.

Darüber, was die Schranken des Art. 19, Abs. 2 tatsächlich bedeuten, stehen sich, wenn man von der abweichenden Ansicht von Krüger⁹⁵⁾, für den der Wesensgehalt der Grundrechte sogar eine Einschränkung der Vorbehalte des Art. 2, Abs. 1 darstellt, hauptsächlich die Ansichten des BGH und des Bundesverwaltungsgerichts gegenüber.

Nach der Auffassung des BGH⁹⁶⁾ wird ein Grundrecht

„durch einen gesetzlichen Eingriff dann in seinem Wesensgehalt angetastet, wenn durch einen Eingriff die wesensmäßige Geltung und Entfaltung des Grundrechts stärker eingeschränkt würde, als dies der sachliche Anlaß und Grund, der zu dem Eingriff geführt hat, unbedingt und zwingend gebietet“,

wobei darauf hingewiesen wird, daß Grundrechte grundsätzlich unverletzlich sind, Gesetzesvorbehalte nur wegen eines möglichen Konflikts mit klar übergeordneten Rechtswerten gemacht werden und deshalb in jedem Einzelfall das mildeste Mittel und der geringste Eingriff gewählt werden müssen.

Nach Ansicht des BVerwG⁹⁷⁾

„beurteilt sich die Frage, ob ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werde, nicht nach dem Zweck oder Grund der Beschränkung, sondern ausschließlich danach, was nach der Beschränkung von dem Grundrecht überhaupt übrigbleibt“.

Von diesen beiden Ansichten ist der des Bundesverwaltungsgerichts der Vorzug zu geben. Was Wesensgehalt eines Grundrechts ist, muß zwar nicht für alle Zeiten, aber doch für eine gewisse Dauer unter gleichbleibenden sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen als für alle Fälle feststehend und gleich angesehen werden. Wenn man den Wesensgehalt, wie es der BGH tut, in jedem Einzelfall an der Erforderlichkeit des Eingriffs messen würde, so würde dies letztlich nichts bedeuten, als das Ermessen des Gerichts an die Stelle des Ermessens des Gesetzgebers treten zu lassen, ein Vorgang, der dem Wesen der Gewaltenteilung widerspricht, deshalb vermieden werden muß. Wesensgehalt kann vielmehr nur der „Kern“ des Grundrechtes sein, d. h. das, was von dem Grundrecht nicht weggedacht werden kann, ohne daß die Grundrechtsfreiheit selbst als Ganzes wegfielen⁹⁸⁾.

⁹²⁾ Gerber, AöR 81/47

⁹³⁾ Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 16

⁹⁴⁾ DOV 56/56

⁹⁵⁾ DOV 55/599

⁹⁶⁾ DVBl. 53/371 – desgl. OLG Köln, NJW 56/1610

⁹⁷⁾ DOV 55/732

⁹⁸⁾ Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 559

Daraus ergibt sich aber, daß ein generelles Verbot aller Kartellvereinbarungen und marktregelnden Absprachen in Anbetracht des Gesetzesvorbehalts in Art. 12, Abs. 1, Satz 2 GG nicht wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Vertragsfreiheit unzulässig ist, da der „Kern“ der Berufs- und Gewerbefreiheit durch dieses Verbot nicht berührt, vielmehr nur das Verhalten des Unternehmers auf Teilgebieten seiner Tätigkeit einer Reglementierung unterworfen wird⁹⁹⁾. Damit aber steht schon fest, daß die verfassungsrechtlichen Angriffe gegen die Zulässigkeit eines Verbots von marktregelnden Absprachen und Kartellvereinbarungen keinen Erfolg haben können (es sei denn, was noch zu untersuchen sein wird, die auf Art. 3, Art. 74, Ziffer 16 oder Art. 14 gestützten Angriffe könnten zu einem anderen Ergebnis führen).

Was jedoch weiterhin zu prüfen bleibt, ist, ob die auf Art. 9 GG gestützten Angriffe gegen die Zulässigkeit eines Kartellverbots durchgreifen; auf diese Bestimmung allerdings könnten sich nur die echten Kartellvereinigungen berufen.

9. Die Erwähnung des Art. 12 im Verbotsgesetz gem. Art. 19, Abs. 1

Zum Schluß ist noch zu untersuchen, ob, wenn ein Kartellverbot im oben skizzierten Umfang durch Art. 12 gedeckt ist, das eingeschränkte Grundrecht nach Art. 19, Abs. 1 GG ausdrücklich genannt werden muß. Diese Frage wird ohne nähere Begründung von Röhl¹⁰⁰⁾ für alle die Fälle verneint, in denen die nähere Ausgestaltung bzw. Einschränkung des Grundrechts durch Gesetz ausdrücklich vorbehalten ist, soweit nicht das in Art. 19, Abs. 1 verwandte Wort Einschränkung bzw. Beschränkung oder Eingriff in der jeweiligen Grundrechtsregelung verwandt würde. Auch Ipsen¹⁰¹⁾ zweifelt daran, daß Regelung der Berufsausübung dasselbe ist wie Einschränkung eines Grundrechts. Die neuere Gesetzgebung erwähnt bei Regelungen der Berufsausübung die Einschränkung des Art. 12 grundsätzlich nicht, so im Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31. 3. 1952 (BGBl. I, S. 221) und im Gesetz über Wirtschaftsprüfer im Genossenschaftswesen vom 17. 7. 1952 (BGBl. I, S. 385).

Klein¹⁰²⁾ vertritt sogar die noch weitergehende Ansicht, Art. 19, Abs. 1, Satz 2 enthalte keine Muß-, sondern nur eine Sollvorschrift, weil diese Bestimmung andernfalls als „Formalismus und unnötige Erschwerung der Arbeit des Gesetzgebers“ zu bezeichnen wäre. Lediglich Hamann¹⁰³⁾ vertritt die Ansicht, daß Art. 19, Abs. 1, S. 2 auch für Gesetze gilt, die auf Grund eines ausdrücklichen verfassungsmäßigen Vorbehalts zur Einschränkung eines Grundrechts oder seiner näheren Ausgestaltung erlassen worden sind.

⁹⁹⁾ Benkendorff, WRP 55/233 – Müller, Diss., S. 40

¹⁰⁰⁾ AöR 81/206

¹⁰¹⁾ DVBl. 56/360

¹⁰²⁾ Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 547

¹⁰³⁾ Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 43

Dieser Ansicht ist beizupflichten. Die Grundrechte stehen auf so hohem Rang in der Rechtsordnung der Bundesrepublik, daß sich durch den Zwang ihrer Nennung der Gesetzgeber in jedem Fall darüber klar werden sollte, daß er in sie eingreift, was ihn unter der Voraussetzung einer hohen sittlichen Verantwortung dazu veranlassen dürfte, die Notwendigkeit dieses Eingriffs nochmals zu prüfen. Es handelt sich dabei zweifellos um eine Erschwerung der Arbeit des Gesetzgebers, aber keinesfalls um eine formalistische, wie Klein meint, sondern eine im Interesse der Wahrung der Grundrechte notwendige, und deshalb wird sie vom Grundgesetz gefordert. Dieser Sinn des Art. 19, Abs. 1 macht auch nicht halt vor den Fällen, in denen ein weitgehender Gesetzesvorbehalt gemacht worden ist, sondern kann und muß gerade an dieser Stelle beachtet werden. Demgemäß ist das Ergebnis festzuhalten, daß ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden und Kartellvereinbarungen zwar vorbehaltlich weiterer Untersuchungen aus dem Gesichtspunkt des Art. 12 zulässig ist, die Einschränkung der Freiheit des Art. 12 jedoch in dem Verbotsgesetz ausgesprochen sein muß.

VIII. a) Kartellverbot und Eigentumsgarantie

Der Versuch von Strickrodt¹⁰⁴⁾, aus der Eigentumsgarantie einen möglichen Ansatzpunkt für verfassungsrechtliche Angriffe gegen ein Kartellverbot zu gewinnen, hat bis jetzt noch keine Nachfolger gefunden. Derartige Bedenken können auch nicht als berechtigt angesehen werden.

Zwar wird nach allgemeiner Ansicht¹⁰⁵⁾ unter dem Eigentumsbegriff des Art. 14 die Summe aller subjektiven privaten Rechte verstanden, so daß an sich auch die Verfügungsbefugnis des Unternehmers über seine Betriebsmittel und deren Einsatz in einem Kartell in Art. 14 GG mitgeschützt ist. Dieser Schutz ist jedoch nicht schrankenlos, vielmehr hat der einfache Gesetzgeber eine so weitgehende Gestaltungsbefugnis, daß durch ihn erst Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmt werden. Ein Kartellgesetz hat keine andere Funktion, als eine Schranke gegen eine bestimmte Art der Benutzung des Eigentums zu errichten, und ist somit durch den Gesetzesvorbehalt in Art. 14, Abs. 1, S. 2 gedeckt.

Anders wäre es nur, wenn entweder durch ein Kartellgesetz der Wesensgehalt des Grundrechts „Eigentum“ verletzt würde (Art. 19, Abs. 2 GG) oder wenn nicht nur eine Beschränkung, sondern eine Entziehung des Eigentums, also eine entschädigungspflichtige Enteignung im Sinne des Art. 14, Abs. 3 GG vorläge. Beide Voraussetzungen sind jedoch nicht gegeben. Daß keine Vollentziehung des Eigentums vorliegt, sondern nur eine Beschränkung, bedarf wohl keiner näheren Erläuterungen. Es liegt jedoch auch kein Eingriff in den Wesensgehalt des unternehmerischen Eigentums vor.

¹⁰⁴⁾ NJW 56/809 ff.

¹⁰⁵⁾ Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 424

Ebensowenig, wie durch ein Kartellgesetz als die Berufsausübung regelndes Gesetz die Berufsfreiheit in ihrem Wesensgehalt eingeschränkt wird, so wenig wird auch der Wesensgehalt des Eigentums durch ein Kartellverbot berührt, das nur einen bestimmten Gebrauch des Eigentums verbietet, der dem Eigentümer nach Ansicht des Gesetzgebers eine Machtposition verleiht, die mit dem Funktionieren des gesamten volkswirtschaftlichen Körpers nicht vereinbar ist.

VIII. b) Kartellverbot und Art. 74, Ziffer 16 GG

Die Angriffe, die, weil Art. 74, Ziff. 16 GG bei der Aufzählung der Bundeskompetenzen nur von Gesetzen gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtpositionen spricht, dem Bundesgesetzgeber die Kompetenz zum Erlaß eines Verbotsgesetzes bestreiten wollen, bedürfen keiner näheren Betrachtung. Offensichtlich wollte der Verfassungsgeber mit dieser Formulierung nicht (und zwar zu einer Zeit, wo das von den Besatzungsmächten erlassene Kartellverbot in seinen Grundzügen noch allgemein als berechtigt anerkannt wurde) jede Möglichkeit einer Verbotsgesetzgebung ausschalten und den Gesetzgeber auf eine Mißbrauchsregelung beschränken. Auch aus dem Wortlaut läßt sich eine derartige Einengung nicht entnehmen, denn auch eine Verbotsgesetzgebung ist letztlich nichts anderes als eine Maßnahme gegen den Mißbrauch der wirtschaftlichen Machtposition, nur daß die Mißbrauchsgesetzgebung im technischen Sinn den Einzelfall des tatsächlichen Machtmißbrauchs erfaßt, die Verbotsgesetzgebung generell und präventiv das Entstehen der Machtposition, die nach Ansicht des Gesetzgebers unweigerlich zum Mißbrauch führen muß, verhindern will.

IX. Kartelle und Vereinigungsfreiheit

Als nächstes ist zu prüfen, ob ein generelles Kartellverbot deshalb gegen die Verfassung verstößt, weil es das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 GG verletzt. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob schon die Gründung von Kartellvereinigungen *expressis verbis* durch ein Kartellgesetz verboten, oder, wie nach den bisherigen Entwürfen, nur die Beschlußfassungen in den Kartellvereinigungen, die sogenannten Kartellvereinbarungen, als nichtig erklärt werden. Huber¹⁰⁶⁾ hat genau herausgearbeitet, daß zwar in dem Fall, in dem eine zu anderen als Kartellzwecken gegründete Vereinigung einen Kartellbeschluß faßt, nur dieser nichtig ist, daß aber in den Fällen, in welchen der legale Vereinigungszweck nur vorgeschützt und der wahre Vereinigungszweck die Kartelltätigkeit ist oder neben dem legalen Wirkungsbereich wiederholt die Kartelltätigkeit entfaltet wird, nach allgemeinem Vereins- und Gesellschaftsrecht eine Auflösung der Vereinigung möglich ist.

Bei Vereinigungen, die offen oder versteckt zu Kartellzwecken gegründet werden, ist schon die Gründungsvereinbarung zumindest nach

¹⁰⁶⁾ Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 8

§ 1 des jetzigen Entwurfs nichtig, ganz gleich, welche Rechtsform für diese Gründungsvereinbarung gewählt wurde.

1. Die Kartelle als Vereinigung im Sinne von Art. 9, Abs. 1 GG

Zu prüfen ist, ob dieser Eingriff in die natürliche Vereinigungsfreiheit gleichzeitig einen Eingriff in das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit gemäß Art. 9, Abs. 1 darstellt, d. h. ob Kartelle Vereinigungen im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung sind.

Nach v. Mangoldt – Klein¹⁰⁷⁾ ist

„Verein (Vereinigung) im Sinne dieses Artikels ohne Rücksicht auf die Rechtsform jeder Verband, in dem sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zur Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zieles unter einer Leitung freiwillig zusammengeschlossen hat.“

Ähnlich wird der Begriff des Vereins von Füllin¹⁰⁸⁾ und Mangoldt¹⁰⁹⁾ definiert.

Alle diese Merkmale erfüllt das echte Kartell: Es sind eine Mehrheit von Unternehmen zusammengeschlossen; der Vereinszweck ist Einflußnahme auf das Marktgeschehen; dieser Zweck soll für längere Zeit verfolgt werden und das Kartell steht unter einer gewissen zumindest administrativen Führung.

Es bestehen also keine Bedenken, ein Kartell als eine Vereinigung im Sinne von Art. 9, Abs. 1 GG anzusehen¹¹⁰⁾.

2. Kartelle und Koalitionsfreiheit

Fraglich könnte sein, ob die Kartelle gleichzeitig auch „Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ im Sinne von Art. 9, Abs. 3 GG sind.

Diese Frage ist durchaus nicht bedeutungslos. Zwar ist auch das Koalitionsrecht des Art. 9, Abs. 3 nicht schrankenlos gewährleistet, sei es, daß man auch Abs. 3 des Art. 9 den Grenzen des Abs. 2 unterstellt¹¹¹⁾ oder die insoweit nahezu gleichen Schranken des Art. 2, Abs. 1 GG als anwendbar erachtet¹¹²⁾. (Welche von den beiden Meinungen zutreffend ist, braucht hier nicht entschieden zu werden.) Ein entscheidender Unterschied könnte aber darin liegen, daß das Koalitionsrecht schon nach dem Verfassungswortlaut drittgerichtet ist und sich aus dieser besonders starken Verbürgung möglicherweise Rückschlüsse für den Fall der Kollision mit anderen Grundrechten ergeben könnten. In der Tat wird von einem Teil der Literatur¹¹³⁾ die Ansicht vertreten,

¹⁰⁷⁾ Bonner Grundgesetz, S. 320

¹⁰⁸⁾ Vereinsfreiheit, S. 430 f.

¹⁰⁹⁾ BB 51/622

¹¹⁰⁾ so auch: Biedenkopf, BB 56/475 – Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 10 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 25

¹¹¹⁾ Giese, Grundgesetz, S. 27/28 – Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 25

¹¹²⁾ Wernicke, Bonner Kommentar zu Art. 9, S. 15

¹¹³⁾ Dürig, NJW 55/729 – Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, S. 12 – Hamann, Grundgesetz, S. 128

auch Kartelle unterstünden dem Art. 9, Abs. 3 GG, da auch sie darauf abzielten, die Wirtschaftsbedingungen für ihre Mitglieder zu regeln.

Die weitaus herrschende Meinung lehnt diese Ansicht ab¹¹⁴⁾, genau wie schon zur Zeit der Weimarer Verfassung die Einbeziehung der Kartelle in die Koalitionsfreiheit abgelehnt wurde¹¹⁵⁾.

Der herrschenden Ansicht ist zuzustimmen. Die Schlüsse, die Böhm aus der Entstehungsgeschichte und insbesondere aus dem sozialen Zweck der besonderen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit gezogen hat, dürften auch heute noch zutreffend sein. Seine Überlegungen gehen etwa davon aus, daß das eine Mal der Zusammenschluß der Arbeitnehmer zu dem Zweck erfolgt sei,

„dem sozialen Übergewicht desjenigen, der kraft Eigentums oder sonst begründeter Verfügungsgewalt über die Arbeitsgelegenheit zu disponieren in der Lage ist, das soziale Gegengewicht der Solidarität derjenigen entgegenzustellen, die über nichts verfügen als über ihre Arbeitskraft und berufliche Geschicklichkeit“¹¹⁶⁾,

während auf der anderen Seite eine solche ungleiche Machtlage, die zum kartellmäßigen Zusammenschluß zwingt, in der Regel nicht vorhanden ist. Böhm sieht die Gefahren, die in einem zu weitgehend geschützten Kartellierungsrecht liegen, vor allem darin, daß als Gegengewicht gegen die kartellierte Industrie unter staatlicher Aufsicht eine entsprechende Organisation der Abnehmer aufgebaut werden und ein staatliches Ausgleichs-, Schlichtungs- und Schiedsverfahren, ähnlich wie im Arbeitsrecht, entwickelt werden müßte¹¹⁷⁾, was zwar die Marktmacht der Kartelle eindämmen würde, andererseits zum Zerfall des Staatsganzen im Kampf immer prononcierterer Gruppeninteressen führen müßte.

Böhm gibt zu¹¹⁸⁾, daß die Floskel „und Wirtschaftsbedingungen“ in Art. 159 WV zunächst eine weite Auslegung zu erfordern scheint und daß eine einschränkende Wortinterpretation nicht befriedigend ist, glaubt aber, aus der Entwicklungsgeschichte des Art. 159 WV schließen zu dürfen¹¹⁹⁾, daß bei der Einfügung des Ausdruckes „und Wirtschaftsbedingungen“ in keinem Fall an Kartellabreden gedacht gewesen sei. Für Böhm ist die Frage bei einer Monopolstellung nicht die, warum sie im Einzelfall ausnahmsweise verboten sein soll, sondern grundsätzlich die, warum und unter Berücksichtigung welcher sozialen Verhältnisse eine Monopolstellung ausnahmsweise zugelassen sein

¹¹⁴⁾ Fischer, *Deine Rechte im Staat*, S. 70 – Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. 1, S. 390 – Krawielicki, *DOV* 50/358 – Krüger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, S. 25/26 – v. Mangoldt, *BB* 51/621 – v. Mangoldt-Klein, *Bonner Grundgesetz*, S. 329 – Meyer-Cording, *JR* 51/230 – Wernicke, *Bonner Kommentar zu Art. 9*, S. 10 – Zinn-Stein, *Verfassung des Landes Hessen*, S. 200

¹¹⁵⁾ Nipperdey, *Koalitionsrecht*, S. 398 – und insbesondere: Böhm, *Kartelle und Koalitionsfreiheit*

¹¹⁶⁾ aaO., S. 4

¹¹⁷⁾ aaO., S. 8

¹¹⁸⁾ aaO., S. 13

¹¹⁹⁾ aaO., S. 14/15

soll¹²⁰⁾, und er beantwortet diese Frage, wie schon gesehen, aus der Verschiedenheit der tatsächlichen Machtposition der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber und der Einzelunternehmen gegenüber dem Markt¹²¹⁾.

Dieser Argumentation von Böhm ist nicht mehr viel hinzuzufügen. Es ist nicht ersichtlich, daß der parlamentarische Rat dem Art. 9, Abs. 3 GG einen weiteren Sinn geben wollte, als ihn Art. 159 WV hatte, vor allem, da er die damals gewählte Formulierung wörtlich übernahm und auch die soziale Konfliktsituation ist die gleiche geblieben, denn auch heute noch ist, wie Böhm¹²²⁾ ausführt,

„der soziale Anspruch auf Betätigung schlechthin und auf menschenwürdige Existenzbedingungen rechtlich schutzwürdiger als der soziale Anspruch auf speziell selbständige Betätigung und Unternehmerrente“.

Daran kann es auch nichts ändern, wenn, was bei Kartellgründungen durchaus die Ausnahme ist, im Einzelfall ein Kartell notwendig würde, um der Übermacht eines marktbeherrschenden Konkurrenten standzuhalten. Derartige Einzelfälle können die grundsätzliche Beurteilung der sozialen Situation nicht beeinflussen, lediglich für den Spezialfall kann und muß gegebenenfalls der Gesetzgeber eingreifen und Abhilfe schaffen.

Damit dürfte feststehen, daß die Verfassungsmäßigkeit von Kartellvereinigungen nach Art. 9, Abs. 1 GG beurteilt werden muß. Die Kartellvereinigungen sind also grundsätzlich durch das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit geschützt.

Es fragt sich, ob die Grenzen des Art. 9, Abs. 2 GG oder sonstige Vorbehalte dem Gesetzgeber ein Eingriffsrecht in diese Kartellfreiheit geben.

Ausdrücklich aufgeführt sind in Art. 9, Abs. 2 die Prinzipien der Völkerverständigung, die Strafgesetze und die verfassungsmäßige Ordnung als Grenze der Vereinigungsfreiheit.

3. Kartelle und das Prinzip der Völkerverständigung

Zunächst ist also zu untersuchen, ob Kartelle per se und in jedem Fall gegen das Prinzip der Völkerverständigung verstoßen.

Zweifellos haben die Besatzungsmächte in der Zeit nach 1945 die Kartelle als wichtiges Instrument zur Vorbereitung Hitlers für den zweiten Weltkrieg angesehen, und es mögen aus dieser Überlegung heraus heute noch gewisse Ressentiments gegen deutsche Kartelle an manchen Stellen im Ausland bestehen.

Diese sind jedoch nicht so stark, vor allen Dingen in Anbetracht der Tatsache, daß die Wirtschaft der westlichen Welt selbst weitgehend von Kartellen durchsetzt ist, daß die generelle Erlaubnis von Kartellen in Deutschland schwerwiegende diplomatische und völkerrechtliche

¹²⁰⁾ aaO., S. 19/20

¹²¹⁾ aaO., S. 23/24

¹²²⁾ aaO., S. 21

Folgen für die Bundesrepublik haben würde und damit die Völker-
verständigung gefährden könnte.

Es ist zwar auch denkbar, daß etwa ein Exportkartell durch seine
Geschäftspraktiken im Einzelfall beträchtliche Verstimmung bei
anderen Völkern gegenüber nicht nur diesem Kartell, sondern gegen
ganz Deutschland hervorrufen könnte. Es würde sich aber dabei wohl
um einzelne Ausnahmefälle handeln, denn ein solches Kartell müßte
auch international gesehen eine recht erhebliche Marktmacht reprä-
sentieren, was für die Mehrzahl der Kartelle niemals zutreffen wird.

Damit wird man sagen dürfen, daß die Kartelle an sich nicht notwen-
dig gegen das Prinzip der Völkerverständigung verstoßen und deshalb
ein allgemeines Kartellverbot sich nicht auf diesem Vorbehalt in
Art. 9, Abs. 2 GG stützen kann.

4. Kartelle und Strafgesetz

Fraglich könnte sein, ob die Aufnahme von Strafbestimmungen in das
geplante Verbotsgesetz ein Kartellverbot deshalb zulässig machen
würde, weil entsprechend diesen Strafnormen jede Kartellgründung
dann gegen ein „Strafgesetz“ verstoßen würde.

Es bedarf m. E. keiner Erörterung, ob in ein Kartellgesetz aufzuneh-
mende „Strafbestimmungen“ wirklich kriminelle Strafen oder nur
Bußen für Ordnungswidrigkeiten darstellen würden; es bedarf weiter
keiner Untersuchung, ob in Art. 9, Abs. 2 GG nur kriminelle Strafen
(wofür m. E. alles spricht) oder auch Ordnungsstrafen gemeint sind,
denn man wird sich der Ansicht von Krüger¹²³⁾, der die Literatur weit-
gehend folgt¹²⁴⁾, anschließen müssen, daß es sich bei den Zwecken
und Tätigkeiten des Art. 9, Abs. 2 GG um solche handeln muß,

„die auch dann, wenn sie nicht von Vereinigungen verfolgt
werden, als strafwürdig erscheinen und deshalb sowohl
für Kollektiv- wie Individualpersönlichkeiten verpönt werden“,

also um einen Verstoß gegen die „allgemeinen Strafgesetze“¹²⁵⁾.

Es kann nicht der Sinn eines gerade bei der Vereinigungsfreiheit eng
umrissenen Gesetzesvorbehalts sein, dem Gesetzgeber auf dem Um-
weg über die Schaffung eines neuen Strafgesetzes jederzeit wieder
freie Hand für Eingriffe in die Vertragsfreiheit geben zu wollen.

Da auch nicht bewiesen werden kann, daß die Kartelle generell gegen
andere Strafgesetze verstoßen, kann sich ein allgemeines Kartellverbot
demnach nicht auf diese Eingriffsmöglichkeit in Art. 9, Abs. 2 GG
stützen.

5. Kartelle und verfassungsmäßige Ordnung

Als dritte Schranke des Art. 9, Abs. 2 GG bleibt demgemäß noch die
verfassungsmäßige Ordnung.

¹²³⁾ Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 25

¹²⁴⁾ Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, S. 13 – Huber,
Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 28/29 – Hofmann, Diss., S. 47

¹²⁵⁾ Hamann, Grundgesetz, S. 127

Nachdem nunmehr auch das BVerfG anerkannt hat, daß der Begriff „verfassungsmäßige Ordnung“ in Art. 9, Abs. 2 GG eng auszulegen ist im Sinne einer Beschränkung auf die elementaren Grundsätze der Verfassung¹²⁶⁾, dürfte hierüber (im Gegensatz zu der Interpretation des Art. 2, Abs. 1, bei dem das BVerfG für eine weite Auslegung eingetreten ist) wohl kaum noch Streit bestehen. Von Seiten der Kartellgegner ist gelegentlich der Versuch unternommen worden, einen Widerspruch zwischen den Kartellen und der so verstandenen verfassungsmäßigen Ordnung zu beweisen.

So führt etwa Biedenkopf¹²⁷⁾ aus:

„Die an einer Kartellvereinigung beteiligten Unternehmen bilden eine Machtkonzentration, der gegenüber der Gleichordnungsgrundsatz der Privatrechtsordnung versagt und durch ihre unverhältnismäßige Größe die Rechte und Freiheiten aller gefährdet. Damit steht die Kartellvereinigung jedoch im Gegensatz zu der Grundidee der Privatrechtsordnung überhaupt, daß nämlich die freie Handhabung der Rechte des einzelnen eine annähernde Gleichheit der Rechtsträger nicht nur in rechtlicher, sondern auch in tatsächlicher Hinsicht voraussetzt. Da diese Grundidee Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung ist, sind Kartellvereinigungen mit dieser Ordnung nicht vereinbar“,

ohne daß dieser Versuch aber letztlich überzeugen kann. Daß die tatsächliche, nicht nur rechtliche Gleichheit der einzelnen Privatrechtssubjekte notwendigerweise Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung sein müsse, läßt sich so ohne weiteres nicht aus dem Grundgesetz entnehmen¹²⁸⁾. Es ist auch keineswegs so, daß das Privatrecht immer und zu allen Zeiten von diesem Prinzip ausgegangen wäre; man denke nur etwa an die Behandlung des Arbeitsrechts in dem BGB noch vor rund 50 Jahren, in dem eine tatsächliche Ungleichheit in keiner Weise als Anlaß zu besonderen gesetzlichen Maßnahmen genommen wurde, wenn auch heute weitgehende Wandlungen der allgemeinen Ansicht auf diesem Gebiet zu verzeichnen sind.

Man könnte die Schlußfolgerung Biedenkopfs allenfalls daraus ableiten, daß eine allzu krasse tatsächliche Ungleichheit der Rechtsgenossen dem Prinzip der Sozialstaatlichkeit widerspricht, das zweifelsfrei als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung anzusehen ist. Ob sich aber aus diesem Prinzip direkte Einschränkungen von Grundrechten zwangsläufig ergeben, wird noch später zu untersuchen sein.

Der Versuch von Baumbach – Hefermehl¹²⁹⁾, die Wirtschafts- und Sozialordnung generell in den Bereich der verfassungsmäßigen Ordnung zu ziehen, für deren freie Gestaltung innerhalb der Schranken des Art. 19, Abs. 2 der Gesetzgeber zuständig sei, vermag gleichfalls nicht ohne weiteres zu überzeugen. Zu prüfen ist demnach, ob die Bundesrepublik überhaupt eine Wirtschaftsverfassung besitzt, ob

¹²⁶⁾ NJW 57/297

¹²⁷⁾ BB 56/478

¹²⁸⁾ Müller, BB 56/972

¹²⁹⁾ Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 13

diese „Wirtschaftsverfassung“ notwendiger Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist und unter welchen Bedingungen überhaupt vom Gesetzgeber eine Wirtschaftsverfassung auf dem Boden des Grundgesetzes geformt werden kann.

Böhm¹³⁰⁾ definiert die Wirtschaftsverfassung wie folgt:

„Von einer Wirtschaftsverfassung können wir vielmehr erst dann sprechen, wenn innerhalb einer Gemeinschaft eine bestimmte Methode und Form des Wirtschaftens kraft politischer Willensentscheidung zum Gebot erhoben wird, d. h. es muß in der Gemeinschaft eine Vorstellung davon lebendig sein, wie gewirtschaftet werden soll, und es muß eine Entscheidung getroffen worden sein, die diese Vorstellung zum geltenden wirtschafts- bzw. sozialpolitischen System erhoben hat. Eine Wirtschaftsverfassung ist also kein Inbegriff von Wirtschaftstatsachen, sondern ein Inbegriff von Normen. Und zwar von Normen, deren Zweck es ist, das wirtschaftliche Verhalten der einzelnen und der Gruppen in einem bestimmten Sinn zu beeinflussen, vor allem aber (sobald sich einmal eine arbeitsteilige Wirtschaft entwickelt hat) das Zusammenwirken der einzelnen und der zusammengesetzten Einheiten untereinander zu ordnen“.

Wenn also nach einer Wirtschaftsverfassung gefragt wird, muß gefragt werden, welche Normen existieren, aus denen sich eine solche Gesamtverfassung der Wirtschaft ableiten läßt, und die Unabänderlichkeit der Wirtschaftsverfassung als Ganzes kann nicht größer sein als die der einzelnen sie bildenden Rechtsinstitutionen.

Fest steht, daß zumindest die Schöpfer des Grundgesetzes in ihr Verfassungswerk im Gegensatz zu der Weimarer Verfassung keinen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Teil aufnahmen und zwar deshalb, weil man das Grundgesetz mit einer möglichst großen Einstimmigkeit angenommen sehen wollte.

Es wird von der Literatur auch weitgehend anerkannt, daß das Grundgesetz kein einheitliches Wirtschaftssystem festlegt¹³¹⁾. Verschieden sind nur die Folgerungen, die aus diesem Mangel einer ausdrücklich festgelegten Wirtschaftsverfassung gezogen werden.

Nipperdey¹³²⁾ schließt aus dem Gesamtsystem des Grundgesetzes mit seinen Freiheitsrechten auf der einen, der Sozialstaatsklausel auf der anderen Seite, daß die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik im Grundgesetz festgelegt sei.

Die weitgehenden wirtschaftlichen Rechte des einzelnen leitet er aus Art. 2, Abs. 1 GG ab. Interventionistische Eingriffe des Staates sind nach seiner Ansicht deshalb nur im Rahmen dieser Bestimmung möglich¹³³⁾. Art. 2, Abs. 1 GG ist für ihn die „Magna Charta der Markt-

¹³⁰⁾ Die Ordnung der Wirtschaft, S. 54

¹³¹⁾ Haussmann, BB 54/813 – Ipsen, AöR 78/309 – Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, S. 507 – Raiser, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, S. 182 – Scheuner, VVDStRL 11, S. 19 – Scheuner, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, S. 95

¹³²⁾ Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S. 3

¹³³⁾ aaO., S. 8

und Verkehrswirtschaft“¹³⁴). Auch der weitergehende Gesetzesvorbehalt des Art. 12 GG ist nach seiner Ansicht nur auf die Gewerbefreiheit im engeren Sinne, also zum Zwecke polizeirechtlicher Gefahrenabwehr anwendbar, während der Gesetzgeber sich grundsätzlich bei wirtschaftslenkenden Eingriffen nicht auf Art. 12, Abs. 1, S. 2 berufen könne¹³⁵).

Daß nicht die alte liberale Marktwirtschaft, sondern die soziale Marktwirtschaft im Sinne einer angemessenen Berücksichtigung des wirtschaftlich Schwächeren vom Grundgesetz mit seinen wirtschaftlichen Freiheitsverbürgungen gemeint sein kann, leitet er aus dem Sozialstaatsprinzip der Artikel 20 und 28 GG ab.

Kennzeichnend für sein System ist auch die Tatsache, daß er, da seiner Ansicht nach die Marktwirtschaft und damit das Konkurrenzprinzip von Verfassungen wegen vorgeschrieben sind, neben dem Recht zur Konkurrenz eine verfassungsmäßige festgelegte Pflicht zur Konkurrenz sieht. Für ihn verstößt also jedes Kartell gegen die verfassungsmäßige Ordnung, weil der kartellierende Unternehmer sich seiner Pflicht zum Wettbewerb entziehen will, eine Ansicht, der sich insbesondere Krüger¹³⁶) und Huber¹³⁷) entschieden mit dem Einwand widersetzen, daß zwar ein Wettbewerbsrecht, aber kein Wettbewerbszwang bestehe, und daß ebenso wie mit der Vertragsfreiheit ein Kontrahierungszwang, so auch mit der Wettbewerbsfreiheit ein Wettbewerbszwang unvereinbar sei.

Wenn dem einzelnen ein Freiheitsrecht zugesprochen würde, so läge es in seinem Belieben, welchen Gebrauch er von diesem mache und ob er überhaupt einen solchen Gebrauch mache.

Eine andere in der Literatur relativ weit verbreitete Ansicht¹³⁸) erblickt in dem Grundgesetz die Gewährleistung einer gemischten Wirtschaftsverfassung, die einerseits eine volle Planwirtschaft, andererseits eine absolut liberalistische Marktwirtschaft ausschließt.

Die überwiegende Lehre vertritt die Ansicht, daß keine gemischte Wirtschaftsverfassung in einem irgendwie genauer umrissenen Sinn festgelegt worden sei¹³⁹), kommt jedoch für die Befugnisse des einfachen Gesetzgebers praktisch zum gleichen Ergebnis.

Nach dieser Ansicht ist das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral, und da der einfache Gesetzgeber insoweit nicht eingeengt ist, kann er die ihm zweckmäßig erscheinenden wirtschaftspolitischen Entscheidungen aus der jeweiligen Situation heraus treffen, ohne daß dabei

¹³⁴) aaO., S. 16

¹³⁵) aaO., S. 8

¹³⁶) Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 18/19 u. 21

¹³⁷) Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 18 – DÖV 56/137

¹³⁸) Hamann, Grundgesetz, S. 13 – Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 30 – Huber, DÖV 56/101 – Staudinger, Allg. Teil, Einl., Anm. 32

¹³⁹) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 8 f. – Gebauer, Eigentumspolitische Probleme unserer Wirtschaftsverfassung, S. 319 – Kuchner, WuW 57/103 – Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 118 – Partsch, ORDO, Bd. 6, S. 22 – Rasch, WuW 55/680 f. – Scheuner, VVDStRL 11/21 – v. Turegg, NJW 54/97 – v. Turegg, Gewerberecht, S. 5 – Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, S. 4 – BVerfG, NJW 54/123

allerdings einerseits von den grundgesetzlich gesicherten Freiheitsrechten des einzelnen, andererseits aber auch von dem Prinzip einer sozialen Gestaltung der Wirtschaft abgegangen werden kann.

Lediglich Krüger¹⁴⁰⁾ zieht aus der Nichtfestlegung einer bestimmten Wirtschaftsverfassung im Grundgesetz den Schluß, daß sich der Gesetzgeber jeder wirtschaftspolitischen Zielsetzung enthalten müsse, also eine Wirtschaftsverfassung positiv nicht gestalten dürfe. Er begründet dies im wesentlichen damit, daß das Grundgesetz zwar dem politischen Relativismus der Demokratie mit den Möglichkeiten des Verbots von verfassungsfeindlichen Parteien den Abschied gegeben habe, daß aber eine solche Grundentscheidung auf wirtschaftlichem Gebiet nicht erfolgt sei und es infolge des natürlichen Relativismus der Demokratie jedem Gesetzgeber versagt sein müsse, derart tiefgehende wirtschaftliche Eingriffe vorzunehmen, daß diese gegebenenfalls nicht mehr reversibel seien.

Ich glaube, daß der herrschenden Meinung, die eine grundsätzliche wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes annimmt und deshalb dem einfachen Gesetzgeber weiten Spielraum läßt, zuzustimmen ist. Alle Versuche Nipperdeys nachzuweisen, daß die soziale Marktwirtschaft von der Verfassung vorgeschrieben sei, können nicht darüber hinwegtäuschen, daß die von ihm angezogenen Bestimmungen, auch ohne ihrem Wortlaut irgendwelchen Zwang anzutun, ganz anders und mit anderen Konsequenzen ausgelegt werden können, als er es selbst getan hat, zum anderen aber – und hier soll ausnahmsweise auch ein Argument aus der Entstehungsgeschichte vorgebracht werden – gerade die SPD im Jahre 1948 sich niemals mit der verfassungsmäßigen Festlegung irgendeiner Form der Marktwirtschaft einverstanden erklärt hätte.

Auch die Ansicht Krügers, daß der Gesetzgeber sich überhaupt jeder wirtschaftspolitischen Maßnahme zu enthalten habe, vermag nicht zu überzeugen. Er hat natürlich insoweit recht, daß kein Parlament dem ihm folgenden eine rechtliche Schranke zur Änderung der von ihm beschlossenen wirtschaftlichen Grundprinzipien auferlegen darf. Wenn diese Schranken aber tatsächlich in der Form von sozialen Veränderungen als Folge des wirtschaftlichen Eingriffs entstehen, läßt sich dagegen nicht mehr einwenden, als in all den anderen Fällen, in denen der Beschluß eines Parlamentes seine Nachfolger, sei es vertraglich, sei es durch die normative Kraft des Faktischen, bindet – man denke etwa nur an die Eingehung weitgehender völkerrechtlicher Verpflichtungen.

Wenn man aber die beiden extremen Lösungen ausgeschaltet hat, ist es letztlich nicht mehr entscheidend, ob man das, was bleibt, eine gemischte Wirtschaftsverfassung nennt, oder von einer Nichtentscheidung des Verfassungsgesetzgebers spricht, denn auf jeden Fall sind die Grenzen, in denen der Gesetzgeber sich bei seiner wirtschaftspolitischen Tätigkeit bewegen kann, so weit, daß von einem klaren

¹⁴⁰⁾ DVBl. 51/363 – Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 10

Bild der Wirtschaftsverfassung, in das bestimmte Institutionen passen oder nicht passen würden, nicht die Rede sein kann.

Damit wird sich abschließend sagen lassen, daß eine bestimmte Wirtschaftsverfassung, zu der die Kartelle im Widerspruch stehen könnten, verfassungsmäßig nicht festgelegt ist und die Kartelle damit auch nicht ohne weiteres und in jedem Fall gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen.

Zu untersuchen ist noch, ob die Sozialstaatsklausel für sich allein in so krassem Widerspruch zu jedem Kartell steht, daß hieraus sich ein Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung ergibt, zu der sie zweifelsfrei gehört¹⁴¹⁾.

Das könnte dann der Fall sein, wenn allein die Wettbewerbswirtschaft ein sozial gesichertes Leben für die Gesamtheit des Volkes herbeiführen könnte. Diese Frage ist jedoch derart stark umstritten und läßt sich auch höchstens nach den bisherigen praktischen Erfahrungen, keinesfalls aber theoretisch für alle möglichen Fälle bejahen, so daß daraus allein ein Kartellverbot unter Zurücktritt des Grundrechts der Vereinigungsfreiheit nicht abgeleitet werden kann.

Andere Gesichtspunkte, aus denen der generelle Verstoß eines jeden Kartells gegen die Sozialstaatsidee abgeleitet werden könnte, sind außer dem Biedenkopfschen Gedanken des Verstoßes der tatsächlichen Ungleichheit gegen die Sozialstaatsidee nicht ersichtlich, aber auch diese Erwägung kann noch nicht ein generelles Kartellverbot aus einem Verstoß gegen die Sozialstaatsklausel rechtfertigen, denn tatsächlich völlig gleich sind überhaupt keine wirtschaftlichen Kräfte, und es dürfte sich recht schwierig abgrenzen lassen, wo der Unterschied anfängt beachtlich zu werden. Hier kann der Gesetzgeber eingreifen, aber im letzten nicht so sehr aus rechtlich fundierten Sozialerwägungen, sondern lediglich aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen, die ihrerseits wiederum den Grundrechten untergeordnet sind.

Allerdings wird man nicht soweit gehen können wie Dürig¹⁴²⁾, daß schon die Formulierung von besonderen Eingriffsvorbehalten in Art. 9, Abs. 2 GG die Geltendmachung der Sozialstaatsklausel als einer weiteren Schranke ausschließt, weil diese in der verfassungsmäßigen Ordnung enthalten ist.

6. Kartelle und Sittenwidrigkeit

Nach den oben angestellten Untersuchungen käme als weitere Schranke aller Grundrechte ein Verstoß gegen das Sittengesetz in Betracht. Daß Kartelle im Einzelfall nach der Stärke des von ihnen ausgeübten Druckes gegen die guten Sitten verstoßen können, dürfte unbestritten sein. Ebenso unbestreitbar ist aber auch, daß der Druck nicht in allen Fällen, vielleicht nicht einmal in der Mehrzahl der Fälle, einen solch starken sittenwidrigen Grad erreicht, so daß auch dieser Gesichtspunkt ein generelles Kartellverbot nicht als zulässig erscheinen läßt.

¹⁴¹⁾ Dürig, NJW 55/730 – Dürig, JZ 57/172 – Huber, DÖV 56/202

¹⁴²⁾ NJW 55/731

7. Kartelle und negative Koalitionsfreiheit

Auch das Recht der negativen Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, das nach herrschender Ansicht¹⁴³⁾ gleichfalls durch Art. 9 geschützt ist, berechtigt nicht zu einem generellen Kartellverbot, da nicht für jeden Einzelfall feststeht, daß überhaupt Außenseiter bestehen und diese mit unzulässigen Druckmitteln zum Anschluß veranlaßt werden sollen, ganz abgesehen davon, daß bei einer entsprechenden generellen Feststellung immer noch eine Entscheidung getroffen werden müßte, ob das Grundrecht der positiven oder das der negativen Koalitionsfreiheit den Vorrang hat.

Weitere (immanente) Schranken des Grundrechts können nach den oben angestellten Untersuchungen nicht anerkannt werden, so daß sich das Ergebnis abzeichnet, daß ein Kartellverbot sich nicht zur Rechtfertigung für den Eingriff in die grundrechtlich geschützte Vereinigungsfreiheit auf gesetzlich fixierte Vorbehalte berufen kann.

8. Kartellvereinigungen und Art. 12 GG

Eine Frage ist allerdings noch zu untersuchen, nämlich die, ob, weil die wirtschaftliche Betätigung auch außerhalb des Kartells einer Regelung unterworfen werden kann, schon die in der Gründung des Kartells liegende wirtschaftliche Entschließung den Grenzen des Art. 12, Abs. 1, S. 2 unterstellt ist¹⁴⁴⁾.

Zwar stimmt es, daß der einzelne innerhalb des Vereins keine größeren Rechte hat als außerhalb desselben¹⁴⁵⁾. Das bedeutet aber für die Kartellfrage lediglich, daß auch die Kartelle und alle ihre Mitglieder wirtschaftsregelnden Gesetzen gemäß Art. 12, Abs. 1, S. 2 GG unterworfen sind, d. h. also etwa durch eine Preisstopverordnung bezüglich der Festsetzung des normalerwise den Kartellzweck bildenden Preisniveaus ihrer eigenen Gestaltungsfreiheit beraubt werden dürfen.

Es ist jedoch nicht so, daß, weil Art. 12 in dem Sonderfall dasselbe Gebiet der wirtschaftlichen Betätigung betrifft wie Art. 9, diese Vereinbarung auch dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterstände. Dagegen spricht vor allem, daß die Kartellgründung noch keinen Akt wirtschaftlicher Betätigung darstellt und deshalb frei sein muß. Das Verhalten des einmal bestehenden Kartells kann dann allerdings nach Art. 12 GG gesetzlich geregelt werden.

9. Kartelle und Rechte anderer

Als letzte noch zu untersuchende Grenze für die Vereinigungsfreiheit der kartellierenden Unternehmen bleibt die Verletzung der Rechte anderer. Wir haben bereits vorher in dieser Untersuchung festgestellt,

¹⁴³⁾ Ipsen, AöR 78/312 – v. Mangoldt, BB 51/621 – v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 322 – OLG Koblenz, NJW 51/366 – anderer Ansicht: Zinn-Stein, Verfassung des Landes Hessen, S. 137

¹⁴⁴⁾ so: Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, S. 5

¹⁴⁵⁾ Benkendorf, WRP 55/236 – Fußlein, Vereinsfreiheit, S. 433 – Wernicke, Bonner Kommentar zu Art. 9, S. 6

daß, falls die Frage der Verletzung der Rechte anderer zu bejahen ist, damit noch nicht automatisch die Vereinsfreiheit zurücktreten muß, sondern der Interessenkonflikt im Einzelfall gelöst werden muß. Jetzt gilt es zunächst zu untersuchen, ob überhaupt generell eine Verletzung der Rechte anderer bei jeder Kartellvereinbarung vorliegen muß.

Entgegen der Behauptung von Dürig¹⁴⁶⁾ ist es nicht so, daß unter diesem Gesichtspunkt der Verletzung der Rechte anderer noch keine Angriffe gegen die Kartelle geführt worden sind. Diese Angriffe hat bisher die herrschende Lehre dadurch abzuweisen geglaubt, daß sie ausführte, daß die Verletzung eines Rechtes des Dritten nicht schon bei einer mittelbaren Auswirkung auf die Entschließungs- und Betätigungsmacht eines Dritten vorliege¹⁴⁷⁾, und dadurch, daß man als Inbegriff der Rechte anderer, die durch ein Kartell gefährdet werden können, die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit ansah¹⁴⁸⁾, und glaubte, die für ein generelles Verbot angeblich notwendige unbillige Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Außenseiter oder Kunden nicht für jeden Fall bejahen zu können¹⁴⁹⁾. Wenn man unter den Rechten anderer tatsächlich nur die rechtlich unbestimmte wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit erfassen kann, dürfte in der Tat nur eine tiefer greifende Beschränkung als Verletzung aufgefaßt werden. Es fragt sich aber, ob dadurch, daß die Vertragsbeteiligten ihre eigene Wettbewerbsfreiheit beschränken in der Absicht und mit der Wirkung, „die Erfolgchancen und Betätigungsmöglichkeiten Dritter, außerhalb des Vertrages stehender Personen, einzuschränken und deren Risiken zu verschärfen, um selbst größere Erfolgchancen und geringere Risiken zu haben“¹⁵⁰⁾, nicht noch weitere Rechte Dritter verletzt werden.

In Frage käme vor allem das Grundrecht der freien Berufsausübung gem. Art. 12 GG, ^{150a)} in dem auch die (von Nipperdey allerdings aus Art. 2 GG abgeleitete) „Wettbewerbsfreiheit“ mit enthalten ist, wenn man das Grundrecht der Berufsfreiheit, wie es wohl erforderlich ist, im Sinne einer allgemeinen Gewerbefreiheit im weitesten Sinne, wenn auch unter Gesetzesvorbehalt, ausgelegt. Dieses Grundrecht könnte mit den Kartellen generell kollidieren, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß die Grundrechte nicht nur gegen den Staat, sondern auch gegen Privatpersonen wirken, also drittgerichtet sind. Ob diese Frage bejaht werden kann, ist nun zu untersuchen.

X. Die Drittwirkung der Grundrechte

Die Frage, ob die Grundrechte außer gegen den Staat auch gegenüber den Rechtsgenossen wirken, also eine „Drittwirkung“ haben, ist erst in den letzten Jahren in der wissenschaftlichen Diskussion aufgeworfen worden.

¹⁴⁶⁾ NJW 55/731

¹⁴⁷⁾ Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, S. 8

¹⁴⁸⁾ Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 12

¹⁴⁹⁾ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 389

¹⁵⁰⁾ Böhm, WuW 56/177

1. Das Wesen der Grundrechte der Bismarck'schen Reichsverfassung und der Weimarer Verfassung

In der Zeit von 1871 bis 1914 wurden die Grundrechte von der herrschenden Lehre als für den Staat verbindliches objektives Recht angesehen und ihr Charakter als subjektive Rechte für den Bürger geleugnet.

Diese Charakterisierung änderte sich zur Geltungszeit der Weimarer Verfassung. Jetzt erblickte die weitaus herrschende Lehre in ihnen subjektive öffentliche Rechte gegen den Staat¹⁵¹⁾, und zwar wurden dabei negative Statusrechte, positive Statusrechte und aktive Statusrechte unterschieden, eine Einteilung, die auch zur Geltungszeit des Grundgesetzes noch vorgenommen wird. Klein¹⁵²⁾ umreißt diese drei Gruppen wie folgt:

„Die negativen Statusrechte umfassen als liberale Grundrechte die Rechte der einzelnen auf Unterlassung staatlicher Eingriffe in ihre allgemeine Rechtsstellung als Staatsbürger. Zu ihnen gehören die Rechte auf Wahrung der persönlichen Freiheit, der sogenannten staatsfreien Sphäre, des einzelnen durch den Staat und die Rechte auf Gleichbehandlung. Sie gewährleisten dem einzelnen einen bestimmten Bereich persönlicher Sicherheit und Betätigungsmöglichkeit.“

„Die positiven Statusrechte umfassen die Rechte der einzelnen auf bestimmte Leistungen des Staates. Zu ihnen gehören beispielsweise und vor allem die allgemeinen Rechte auf Rechtsschutz oder auf Benutzung öffentlicher Einrichtungen. Sie berechtigen den einzelnen zur Beteiligung an den Vorzügen der staatlichen Organisation. Im Unterschied und Gegensatz zu den Rechten der ersten Hauptgruppe, den negativen Statusrechten, die vom Staat ein Unterlassen fordern, beinhalten die positiven Statusrechte einen Rechtsanspruch des einzelnen gegen den Staat auf Entfaltung staatlicher Tätigkeit.“

„Die aktiven Statusrechte umfassen die staatsbürgerlichen, die in der Hauptsache demokratisch-politischen Rechte des Staatsbürgers“.

Eine Wirkung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr wurde generell geleugnet und nur für die ausdrücklich in der Verfassung vorgesehenen Fälle der Koalitionsfreiheit und der Freiheit der Meinungsäußerung, die ja gegen jede Beeinträchtigung geschützt waren, anerkannt¹⁵³⁾.

2. Die Unzulänglichkeit des Grundrechtsschutzes nur gegen den Staat.

Im Bonner Grundgesetz ist außer Art. 9, Abs. 3 nicht ausdrücklich

^{150a)} Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte, S. 50

¹⁵¹⁾ Schmitt, Verfassungslehre, S. 164

¹⁵²⁾ v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 59/60

¹⁵³⁾ Thoma, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 1, S. 26

davon die Rede, daß sich die Grundrechte auch gegen die Rechtsgenossen und nicht nur gegen den Staat richten sollen.

Einig ist man sich im allgemeinen darüber gewesen – und zwar von Anfang an – daß den Grundrechten der Charakter als subjektive öffentliche Rechte und nicht nur als objektives Recht zukommt. Erst allmählich jedoch machten sich Überlegungen dahin geltend, ob die Freiheit des Einzelnen nicht in vielen Fällen durch andere soziale Gewalten oder auch andere Einzelne stärker bedroht sein könne als durch den Staat¹⁵⁴).

Derartige Erwägungen hatten schon in der Weimarer Verfassung dazu geführt, die Koalitionsfreiheit und die Freiheit der Meinungsäußerung ausdrücklich auch gegen Dritte zu schützen¹⁵⁵), und sind nach dem 2. Weltkrieg insbesondere im Schweizer Rechtskreis angestellt worden¹⁵⁶).

Auch in den Vereinigten Staaten wurde man sich in den vierziger Jahren dieses Jahrhunderts des Problems bewußt und versuchte von Seiten des Bundes aus gewisse Hilfe gegen die Verletzung von Grundrechten durch Private zu bringen¹⁵⁷).

3. Stimmen für eine Drittwirkung der Grundrechte.

Ab etwa 1950 begannen sich die Stimmen in der deutschen Literatur zu mehren, die im Geltungsbereich des Grundgesetzes mit seiner betonten Achtung der Würde und Autonomie der Persönlichkeit den Grundrechten oder zumindest einzelnen von ihnen, die ihrem Wesen nach auch von außerstaatlichen Kräften bedroht seien, eine absolut verbindliche Wirkung auch gegen die Rechtsgenossen beilegen wollten¹⁵⁸).

Ein weiterer Teil der Literatur erkennt eine Drittwirkung zwar nicht generell gegenüber allen Rechtsgenossen an, wohl aber gegenüber den sog. „sozialen Gewalten“, d. h. also Organisationen wie etwa Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden, Kirchen, Berufsorganisationen

¹⁵⁴) Grewe, Der Schutz der Menschenrechte in Deutschland, S. 215/216 – Nawiaskey-Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern, S. 178 – Schneider, NJW 54/941

¹⁵⁵) Häntzschel, Das Recht der freien Meinungsäußerung, S. 652/653

¹⁵⁶) vgl. Ruck, Freiheit und Rechtsstaat, S. 82 – Hans Huber, ZSR 55/196 f.

¹⁵⁷) vgl. Carr, Federal Protection of Civil Rights, 1947.

¹⁵⁸) Biedenkopf, BB 56/477 – Bosch-Habscheid, JZ 56/299 (gegen die frühere Auffassung in: JZ 54/214) – Coing, SJZ 47/643 – Darmstaedter, BB 56/665 – Darmstaedter, BB 57/4 – Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, S. 57 f., 293 – Fischer, Deine Rechte im Staat, S. 22 – Fädisch, RdA 55/92 – Geiger, Grundgesetzliche Schranken für eine Kartellgesetzgebung, S. 11 – Hamann, Grundgesetz, S. 82 – Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte, S. 20 – Herbert Krüger, NJW 49/165 f. – Hildegard Krüger, RdA 54/368 f. – Hildegard Krüger, FamRZ 56/329 – Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 154 f. – Maunz, FamRZ 56/1 (noch unentschieden in: Deutsches Staatsrecht, S. 82) – Nipperdey, Rechtsgutachten, S. 16, 18 – Nipperdey, RdA 50/124 f. – Nipperdey, Die Würde des Menschen, S. 18, 19, 20, 41 f. – Oehler, Postgeheimnis, S. 609 – Ridder, Meinungsfreiheit, S. 258 – Scupin, Über die Menschenrechte, S. 189/190 – Spitzbarth, NJW 54/1026 – Staudinger, Allg. Teil, Vorbem. vor § 1, Anm. 18 (Coing), Einl., Anm. 31 (Brändl) – BAG, JZ 55/119 – BAG, NJW 57/925 – LAG Hamm, BB 52/198 – Spez. für Art. 12 GG: Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, S. 69 – BGH, NJW 55/338 – LAG Frankfurt, NJW 57/80 – LAG Stuttgart in: AP, Nr. 1 zu Art. 12 GG

etc., die kraft ihrer Stellung im öffentlichen Leben einen tatsächlichen Druck auf den einzelnen ausüben können¹⁵⁹⁾.

Am Rande dieses Kampfes um die allgemeine Drittwirkung der Grundrechte liegt die Frage, ob aus Art. 2 GG ein allgemeines Persönlichkeitsrecht in Ergänzung der bisherigen speziellen zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechte abgeleitet werden kann. Diese Frage dürfte inzwischen im Sinne des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entschieden sein.¹⁶⁰⁾.

4. Stimmen gegen eine Drittwirkung der Grundrechte.

Demgegenüber verharret ein großer Teil der Literatur auf dem alten Standpunkt, daß die Grundrechte nur gegen den Staat gerichtet seien, und zwar wird als Argument weitgehend, wenn überhaupt Argumente gebracht werden, die historische Entwicklung der Grundrechte herangezogen, zum weiteren die Überlegung, daß der Schöpfer des Grundgesetzes ausweislich der Protokolle des Parlamentarischen Rates niemals an eine Drittwirkung der Grundrechte gedacht hat¹⁶¹⁾. Allenfalls wird von den Gegnern einer direkten Drittwirkung die Möglichkeit zugestanden, daß die Grundrechte als Auslegungsregeln auch für das Zivilrecht Bedeutung gewinnen¹⁶²⁾, oder daß sie zur Ausfüllung von Generalklauseln dienen und somit eine Drittwirkung erlangen können¹⁶³⁾.

Mit am entschiedensten hat sich Dürig im Interesse einer reinlichen Scheidung von privaten und öffentlichen Rechten gegen eine direkte Drittwirkung der Grundrechte ausgesprochen. Nachdem er bereits früher die These vertreten hatte, daß die Einbruchsstellen der Grundrechte in das Zivilrecht dessen wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Normen der §§ 138, 242, 826 BGB seien¹⁶⁴⁾, hat er diesen Gedanken neuerdings wieder aufgenommen¹⁶⁵⁾ und in der Untersuchung über „Grundrechte und Zivilrechtssprechung“¹⁶⁶⁾ zu einem System erweitert.

Er geht davon aus, daß bei Anerkennung des allgemeinen Freiheitsrechtes die Rechte anderer als bereits in der Privatrechtsordnung

¹⁵⁹⁾ Bischoff, BB 50/428 – Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 11 – Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 391 ff. – Klein BB 56/757 – Rasch, WuW 56/22

¹⁶⁰⁾ Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 9, 26 – Coing, JZ 54/700 – Soergel, Vorbemerkung zu § 12, I 6 – BGH, NJW 54/1405 – BGH, BB 57/591 – KG, NJW 56/26

¹⁶¹⁾ Jellinek, BB 50/426 – Jerusalem, SJZ 50/1 – Knolle, BB 49/451 – Loppusch, DÖV 51/123 – v. Mangoldt, AöR 75/275 (aber für Drittwirkung der Art. 1 u. 2. vgl.: Das Bonner Grundgesetz, S. 44, 47) – v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 61, 328 (trotz Erkenntnis eines Bedürfnisses nach Ausweitung der Grundrechtswirkung, S. 63) – Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes, S. 29 – Schätzel, RdA 50/250 f. – Schmidt-Rimpler, AöR 76/169 – Stree, NJW 54/1026 – Über, Freiheit des Berufs, S. 17 – Ule, DV 49/334 – Vielhaber, Betr. 50/205 – Zinn-Stein, Verfassung des Landes Hessen, S. 94 – OLG Frankfurt, FamRZ 56/286 – OLG Köln, NJW 56/345 – LAG Baden-Württemberg, BB 56/1067

¹⁶²⁾ v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 69

¹⁶³⁾ Habscheid, WuW 54/410 f.

¹⁶⁴⁾ Freizügigkeit, S. 525

¹⁶⁵⁾ AöR 81/123

¹⁶⁶⁾ in: Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff.

normiert hingenommen und die Grundrechte dem Staat gegenüber nur insoweit anerkannt wurden, als sie nicht die Rechte anderer verletzen. „Das Grundgesetz denkt also die Grundrechte von vornherein vermindert um die den anderen gegenüber bestehenden subjektiven privaten Rechte und setzt voraus, daß die Menschenrechte im Verhältnis der einzelnen untereinander bereits in der Privatrechtsordnung aktualisiert sind“¹⁶⁷⁾.

Grundrechte selbst aber sind offensichtlich für ihn keine echten Rechte anderer, denn „jede, wie es geboten ist, bei Art. 1 I mit Art. 2 I einsetzende Betrachtung zwingt nach wie vor von Verfassungs wegen zur Anerkennung des Menschen als eines Privatrechtssubjekts, das unter seinesgleichen grundsätzlich ohne Rücksicht auf den Staat treffende Grundrechtsge- und -verbote frei über das Ob und Wie des Gebrauchmachens von Freiheit und Gleichheit entscheiden darf“¹⁶⁸⁾. Da der Bürger demgemäß frei über seine Persönlichkeit entscheiden kann, kann er auch auf einzelne ihm zustehende Grundrechte vertraglich verzichten, und er kann sich bei einem Vertragsbruch nicht etwa auf das Grundrecht berufen (etwa beim Problem: Streik und Einzelarbeitsvertrag¹⁶⁹⁾, ebensowenig wie eine grundrechtlich gewährte Freiheit einen Kontrahierungszwang für einen anderen (etwa Lieferung einer Zeitung, Zulassung zu einer Religionsgesellschaft usw.) begründet¹⁷⁰⁾.

Ein weiteres Argument dafür, daß die Grundrechte keine Drittwirkung haben können, sieht Dürig darin, daß demjenigen, dem gemäß Art. 18 GG die Grundrechte aberkannt sind, Dritten gegenüber zivilrechtlich seine alte Rechtsposition etwa in Bezug auf das Eigentum verbleibt¹⁷¹⁾.

Damit kommt Dürig zu dem Ergebnis,

„daß in der Drittrichtung die „absolute Wirkung“ der Grundrechte durch ein Grundrecht zugunsten der Individualautonomie und der Eigenverantwortung relativiert ist. Der Rechtsverkehr Privater untereinander unterliegt daher gerade von Verfassungs wegen Sonderrecht (eben „Privatrecht“) – und zwar auch im Recht der Abwehr von Angriffen Privater auf Rechte anderer (soweit nicht überhaupt das Strafrecht eingreift). Die normativen Mittel zur Abwehr von Angriffen aus der Drittrichtung, mit deren Hilfe bei Fehlen spezieller zivilrechtlicher Schutznormen das objektive Privatrecht seinen Schutzauftrag (vgl. Art. 1, I, S. 2 GG) erfüllt, sind seine wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln“. ^{171a)}.

Dürig erkennt wohl, daß das bisherige System des Privatrechtsschutzes noch Lücken aufweist, wenn er diese Lücken auch auf „gewisse Erscheinungsformen der ureigensten Privat- und Geheimsphäre“ be-

¹⁶⁷⁾ aaO., S. 173

¹⁶⁸⁾ aaO., S. 164

¹⁶⁹⁾ vgl. dagegen aber BAG in NJW 55/882 ff.

¹⁷⁰⁾ aaO., S. 174

¹⁷¹⁾ aaO., S. 175 f.

^{171a)} aaO., S. 176

schränken möchte. Er glaubt jedoch, ohne eine direkte Drittwirkung auskommen zu können, indem man entweder

- a) die in der Verfassung genannten obersten Werte noch in die herkömmlichen Generalklauseln einbezieht, oder
- b) im Privatrecht eine dem Begriff der guten Sitten entsprechende neue Generalklausel „Menschenwürde“ anerkennt, oder
- c) als sonstige Rechte im Sinne des § 823, Abs. 1 BGB einige wenige weitere spezifische Rechte zum Schutz der ureigensten Privatsphäre anerkennt, oder
- d) ein allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannt“ ^{171b)}.

Alle diese Möglichkeiten sind nach Dürig sowohl verfassungs- als zivilrechtlich zulässig. Unzulässig aber ist es, die staatsbezogenen Grundrechte gleichzeitig auch als absolute Privatrechte aufzufassen, umsomehr, als angesichts der von ihm geschilderten Möglichkeiten nach seiner Ansicht kein Bedürfnis hierzu besteht.

5. Abwägung der Argumente.

Bei der Abwägung aller dieser Überlegungen wird man m. E. das historische Argument gegen die Drittwirkung zwar nicht ganz, aber doch ziemlich weitgehend vernachlässigen können.

(Ich will hier darauf verzichten, auf die Begründung Schätzels¹⁷²⁾ für die Ablehnung der Drittwirkung aus Art. 19, Abs. 4 GG näher einzugehen, weil diese in keiner Weise überzeugt. Art. 19, Abs. 4 GG ist nur ein zusätzlicher Schutz gegen Verletzungen des Rechts durch den Staat und läßt in keiner Weise den Schluß zu, daß die Grundrechte nicht gegen Private wirken sollten, weil diesen der besondere gerichtliche Schutz des Art. 19, Abs. 4 versagt sei, denn für Prozesse unter Privaten steht in jedem Fall der ordentliche Rechtsweg offen, ganz gleich, ob sich die Anspruchsgrundlage aus dem BGB oder aus der Verfassung herleitet).

Verfassungen führen, worauf Nipperdey¹⁷³⁾ in der Kontroverse bereits hingewiesen hat, noch stärker als andere Gesetze ihr eigenes Leben. Ihr Sinngehalt, der sich aus der Gesamtheit des Verfassungssystems ergibt und durchaus entwicklungsfähig ist, hat für die Auslegung weit größere Bedeutung als die geschichtliche Entwicklung und die Vorstellungen der Verfassungsschöpfer. Allerdings muß dieser Gehalt ganz klar hervortreten, wenn er das Abgehen von der historisch herkömmlichen Auslegung rechtfertigen soll.

Wenn man nun den Sinngehalt der Verfassung untersucht, so ergibt sich ein gewisser Anhaltspunkt für die Drittwirkung der Grundrechte aus Art. 1, Abs. 2 GG. In diesem bekennt sich das deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten, die in den folgenden Artikeln des Grundgesetzes im einzelnen aufgeführt sind, woraus dann der Schluß gezogen werden kann, daß jeder einzelne

^{171b)} aaO., S. 179/180

¹⁷²⁾ RdA 50/251

¹⁷³⁾ RdA 50/122

diese Grundrechte seiner Rechtsgenossen respektieren muß¹⁷⁴⁾). Fraglich könnte bei dieser Deduktion nur sein, ob wirklich alle in Art. 2 ff. statuierten Grundrechte unveräußerliche Menschenrechte darstellen oder ob einigen von ihnen nur ein „Augenblickscharakter“, bedingt durch eine bestimmte politische Konstellation, zukommt.

Die gleiche Problematik ergibt sich auch bei einer Untersuchung, ob der absolute Schutz der Menschenwürde in Abs. 1 des Art. 1 GG in seiner Verbindung mit den dar um gewährten Grundrechten eine solche Verpflichtung eines jeden Rechtsgenossen erkennen läßt.

Es dürfte zwar nicht zu bezweifeln sein, daß die Würde des anderen, die zu schützen Verpflichtung jeder staatlichen Gewalt ist, gerade durch ihren Schutzanspruch gegenüber dem Staat auch gegen die Rechtsgenossen gesichert ist, denn schützen kann und soll der Staat die Würde des Menschen nicht nur gegen sich selbst und seine eigenen Organe, sondern auch, solange nicht eine ausdrückliche Einschränkung gemacht ist, gegen die Rechtsgenossen. Denn letztlich ist es der Sinn des Staates, dem einzelnen Staatsbürger seine Existenz zu sichern, auch gegen jeden Eingriff von außen, ganz gleich, woher dieser kommt, und ohne die Erfüllung dieses Zweckes hätte der Staat nicht nur für den Staatsbürger, sondern objektiv sittlich seinen Sinn verloren.

Andererseits wird man auch sagen müssen, daß die konkreten Grundrechte zwar nicht in dem Sinne unabänderlich sind, daß ein für unsere heutige Zeit historisch bedingtes Grundrecht Ewigkeitswert besitzt, wohl aber insoweit unverletzlich, als sie in der gegebenen historischen Lage als die Konkretisierung der Menschenwürde auf einem Teilgebiet aufgefaßt werden müssen und deshalb als absolut geschützter Teil der absolut geschützten Menschenwürde erscheinen.

Es liegt also in Abs. 2 des Art. 1 in Verbindung mit Abs. 1 ein gewisses Indiz dafür vor, daß die Grundrechte wegen ihres oben beschriebenen Charakters eine absolut gesicherte Rechtssphäre beschreiben, in die niemand, weder der Staat noch ein Dritter, ohne weiteres eingreifen kann; mehr als ein Indiz ist dies allerdings noch nicht, denn es wäre auch durchaus denkbar, daß die Grundrechte für die Beziehungen zwischen den Privatrechtsgenossen lediglich Programmsätze darstellen, die noch der Konkretisierung durch den einfachen Gesetzgeber bedürfen.

Der Versuch, aus Abs. 3 des Art. 1 die Drittwirkung zu begründen, erscheint nicht als befriedigend. Ganz eindeutig ist dies für den Weg, die Drittwirkung daraus abzuleiten, daß die Rechtsprechung an die Grundrechte gebunden ist. Hieraus folgern zu wollen, daß auch zivilrechtliche Streitigkeiten unter grundrechtlichen Gesichtspunkten zu beleuchten seien¹⁷⁵⁾, dürfte eine *petitio principii* sein, da, wie Dürig¹⁷⁶⁾ zutreffend dargelegt hat, die Bindung der Rechtsprechung an die Grundrechte die Prüfung der Frage nicht ausschließt, auf

¹⁷⁴⁾ Nipperdey, RdA 50/125

¹⁷⁵⁾ Spitzbarth, NJW 54/1026

¹⁷⁶⁾ Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 157

welchem Gebiet die Rechtsprechung überhaupt von den Grundrechten als Entscheidungsnormen auszugehen hat.

Auch die Folgerung aus Art. 1, Abs. 3, daß, da der Staat an die Grundrechte gebunden sei, erst recht auch die Rechtsgenossen gebunden sein müßten¹⁷⁷⁾, ist nicht überzeugend. Demgegenüber wird mit Recht darauf hingewiesen¹⁷⁸⁾, daß die Bindung des einzelnen gegenüber der Bindung des Staates nicht ein minus, sondern ein aliud ist, während das Argument von Dürig¹⁷⁹⁾

„wenn man dergestalt vom Verhaltensollen des Staates auf das Verhaltensollen Privater schließt, dann legt man den Grundrechtsträgern genau mit dem Mittel, das der Stärkung ihrer Position dienen sollte, (aktuelle Bindung aller Staatsfunktionen an die Grundrechte), Beschränkungen auf, die ohne diese Grundrechtsaktualisierung nicht bestanden hätten“,

weniger befriedigt, da das Grundgesetz ausweislich der Sozialstaatsklausel des Art. 20 GG nun einmal nicht nur eine weitergehende Freiheit des Individuums, sondern möglicherweise auch eine weitergehende Bindung statuiert hat.

Mit der Abwägung dieser Argumente ist m. E. die Frage, ob die Erfüllung des Sinngehalts des GG die Drittwirkung erfordert, noch nicht endgültig entschieden, obwohl Art. 1, Abs. 2 GG für sie sprechen dürfte, denn die Annahme einer derart weitgehenden Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Grundrechte müßte sich, wenn sie anerkannt werden soll, zumindest noch auf eine weitere grundlegende Bestimmung der Verfassung stützen können. Hier bietet sich nun das in Art. 20 und 28 GG verankerte Sozialstaatsprinzip an, das nach nunmehr wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung ganz allgemein als Auslegungsprinzip für die Verfassung und sonstige Gesetze heranzuziehen ist¹⁸⁰⁾, insbesondere auch für die Auslegung der Grundrechte¹⁸¹⁾. Bevor allerdings untersucht werden kann, zu welchen Ergebnissen man kommen muß, wenn man die Grundrechte im Rahmen der Sozialstaatsklausel auslegt und bevor man so weitgehende Schlußfolgerungen ziehen kann, wie es etwa Abendroth¹⁸²⁾ tut, daß nämlich die Sozialstaatsklausel die Möglichkeit biete, das

„überkommene Gedankengut des liberalen Rechtsstaates umzugestalten“

¹⁷⁷⁾ Nipperdey, Rechtsgutachten, S. 20

¹⁷⁸⁾ Schmidt-Rimpler, AöR 76/174

¹⁷⁹⁾ Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 158

¹⁸⁰⁾ Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, §. 656 f. – Ipsen, DOV 52/218 – Klein, ZStW, 106/400 – Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 185 – Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 665 f.

¹⁸¹⁾ Bachof, VVDStRL 12/41 – Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, S. 10 – Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 167 – Forsthoff, VVDStRL 12/28 – Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 164 – Gerber, AöR 81/30 – Krüger, VVDStRL 12/111 – Ridder, Meinungsfreiheit, S. 258 – Scheuner, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3, S. 154 – Scheuner, DOV 56/70 – Scheuner, VVDStRL 11/22, 68 – BVerfG, DOV 51/216 – BAG, NJW 54/1301

¹⁸²⁾ VVDStRL 12/87, 91

(was auch bedeuten würde, daß von der historischen Interpretation der Grundrechte als Rechte nur gegen den Staat abgewichen werden könnte), ist es notwendig festzustellen, welche inhaltliche Bedeutung die Sozialstaatsklausel hat, und erst aus diesem materiellen Gehalt der Sozialstaatsklausel kann sich möglicherweise ergeben, ob sich aus ihr allein oder zusammen mit anderen Bestimmungen die Drittwirkung der Grundrechte begründen läßt, wie dies Ipsen¹⁸³⁾, Nipperdey¹⁸⁴⁾ und das BAG¹⁸⁵⁾ versuchen.

XI. Die Bedeutung der Sozialstaatsklausel

1. Der Sozialstaatsbegriff in der Literatur.

Wenn auch weitgehend Einigkeit darüber herrscht, daß die Sozialstaatsklausel gerade als Auslegungsnorm im Verfassungssystem der Bundesrepublik eine wichtige Rolle zu spielen hat, so ist doch noch sehr streitig und unklar, was der Begriff „sozial“ materiell zu bedeuten hat. Auch die in ihren verfassungsrechtlichen Konsequenzen sehr bedeutungsvolle Charakterisierung der Sozialstaatsklausel als einer „Staatszielbestimmung“¹⁸⁶⁾ sagt noch nichts darüber, was unter „sozial“ inhaltlich zu verstehen ist.

Bei der Betrachtung dieses Problems läßt sich ein großer Teil der Literatur von weitgehender Skepsis leiten, wenn auch die meisten Ansichten bei weitem nicht so scharf sind wie die von Forsthoff, der zwischen Rechtsstaat und Sozialstaat einen nahezu unvereinbaren Gegensatz sieht¹⁸⁷⁾, sozial als „indefinibles definiens“ bezeichnet¹⁸⁸⁾ und letztlich leugnet, daß die Formel „sozialer Rechtsstaat“ überhaupt ein Rechtsbegriff mit spezifisch materiellem Gehalt sei¹⁸⁹⁾.

Von vielen Autoren aber wird betont, daß das Grundgesetz keine klare Konzeption eines sozialen Rechtsstaats enthalte¹⁹⁰⁾ und daß nur die liberalen rechtsstaatlichen Gedanken ihren Ausdruck in Institutionen des Grundgesetzes gefunden hätten, während die Charakterisierung der Bundesrepublik als eines sozialen Staates in Art. 20, Abs. 1 GG nicht zum Anlaß genommen worden sei, die soziale Problematik durch konkrete verfassungsrechtliche Eingriffe in die bestehenden sozialen Verhältnisse zu lösen und die Ursachen des Untergangs der Weimarer Republik auszuschalten¹⁹¹⁾.

Aus diesen Überlegungen heraus versucht ein Großteil der Literatur den materiellen Gehalt des Begriffes „sozial“ nur ganz allgemein zu erfassen, so etwa Wernicke¹⁹²⁾.

¹⁸³⁾ DOV 52/248

¹⁸⁴⁾ Die Würde des Menschen, S. 20

¹⁸⁵⁾ JZ 55/119

¹⁸⁶⁾ Forsthoff, VVDStRL 12/27 – Ipsen, Über das Grundgesetz, S. 14 ff. – Scheuner, Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, S. 75 f.

¹⁸⁷⁾ VVDStRL 12/3, 19

¹⁸⁸⁾ Verfassungsprobleme des Sozialstaates, S. 5

¹⁸⁹⁾ VVDStRL 12/27

¹⁹⁰⁾ Grewe, DRZ 49/351

¹⁹¹⁾ Abendroth, AöR 76/8 – Ipsen, Über das Grundgesetz, S. 14/15 – Klein, ZStW 106/404

¹⁹²⁾ Bonner Kommentar zu Art. 20, S. 4

„Hierbei (bei dem Gedanken des sozialen Rechtsstaates) geht es im Wesentlichen darum, einen Ausgleich aller widerstreitenden Interessen sowie für alle Volksgenossen ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen“

und Herrfahrdt¹⁹³⁾

„Der Begriff „sozial“ in Art. 20 ist nirgends definiert und auch einer juristischen Auslegung kaum zugänglich. Gedacht ist wohl an das Verbot jeder Klassenbevorzugung“.

Nicht sehr viel konkreter sind auch die Ansichten von Stamm¹⁹⁴⁾, der „im Sozialen das Überindividuelle, das vom Blickfeld der Gemeinschaft aus auf die Gerechtigkeitsidee hingebordnet ist“ erblickt, und Krüger¹⁹⁵⁾, für den das Wesen des Sozialen darin liegt, daß jeder Freiheit eine Bindung gegenüberstehen muß.

Eine bedeutende Gruppe von Autoren erblickt in der Sozialstaatsklausel eine Garantie der Daseinsvorsorge und Fürsorge durch den Staat für die einzelnen Staatsbürger¹⁹⁶⁾ oder verlangt, daß der Staat „nach den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit aufgebaut sein soll“¹⁹⁷⁾, sieht in ihr also eine ausschließliche Verpflichtung des Staates seinen Bürgern gegenüber.

Eine weitere in der Literatur weit verbreitete Meinung erblickt teilweise im Gegensatz hierzu in dem Sozialstaatsprinzip die Erlaubnis für den Gesetzgeber, sozialgestaltend tätig zu werden und damit in gewissem Umfang in die Rechte der Staatsbürger einzugreifen¹⁹⁸⁾.

Nach einer dritten Ansicht richtet sich die Sozialstaatsklausel nicht in erster Linie an den Staat (sei es, um ihm Pflichten aufzuerlegen oder Eingriffsrechte zu geben), sondern an den Bürger in dem Sinne, daß er zur Teilnahme an den Gemeinschaftsaufgaben aufgerufen wird¹⁹⁹⁾, daß „seine Freiheit an Pflichten gebunden wird, die dem krassen Liberalismus fremd waren“²⁰⁰⁾, ja es wird sogar darüber hinaus aus der Sozialstaatsklausel eine direkte Verpflichtung des einzelnen zum sozialen Verhalten gegenüber seinem Mitbürger abgeleitet²⁰¹⁾. Insbesondere Menger stellt klar heraus, daß neben der Daseinsvorsorge vor allem die ethische Bedeutung des Wortes „sozial“ im Sinne einer Verpflichtung zu gegenseitiger Rücksichtnahme der Konzeption des Grundgesetzes entspricht.

2. Eigene Stellungnahme

Aus diesen teilweise noch tastenden Versuchen der Wissenschaft, dem

¹⁹³⁾ Bonner Kommentar zu Art. 79, Anm. 3

¹⁹⁴⁾ JZ 55/149

¹⁹⁵⁾ VVDStRL 12/110

¹⁹⁶⁾ Giese, Grundgesetz, S. 46 – Hamann, Grundgesetz, S. 33 – Ipsen, DOV 52/218 – v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, S. 134 – Müller, Betr. 56/525 – Nowiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes, S. 66

¹⁹⁷⁾ Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 58

¹⁹⁸⁾ Bachof, VVDStRL 12/39 – Hamann, Grundgesetz, S. 14 – Ipsen, Gleichheit, S. 173 – Ipsen, VVDStRL 10/74 – Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 185

¹⁹⁹⁾ Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, S. 14

²⁰⁰⁾ Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte, S. 28 ff.

²⁰¹⁾ Dürig, JZ 53/197 – Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, S. 56 – Huber, DOV 56/200 – Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz, S. 24 f.

unbestimmten Sozialstaatsbegriff feste Umrissse zu geben, dürften sich folgende Ergebnisse zunächst für den Umfang der Wirkungen ableiten lassen:

- a) „Die Sozialstaatsforderung ist verpflichtendes Programm für den Gesetzgeber, der seine Tätigkeit nach den sozialen Notwendigkeiten unserer Zeit auszurichten hat.
- b) Sie ist Auslegungsgrundsatz für die Rechtsprechung, die den Sozialforderungen Rechnung tragen und in Zweifelsfällen im Sinne der Sozialstaatlichkeit entscheiden muß.
- c) Sie ist Richtlinie und Zielbestimmung für die Verwaltung, die sie bei Planung und Gestaltung und in Ermessensfragen zu berücksichtigen hat.
- d) Sie kann, wenn auch in engen Grenzen, zur Anspruchsgrundlage werden“²⁰²⁾.

Materiell bedeutet der Sozialstaatsgedanke einmal eine Verpflichtung des Staates und der Gemeinschaft gegenüber den einzelnen, die dahingeht, daß ihm eine gemessen an den Gesamtverhältnissen des Volkes noch menschenwürdige Existenz gewährleistet werden muß. Auf diesem Gebiet ist normalerweise, gerade weil dem Begriff des Sozialen im einzelnen in der jeweiligen Situation ein neuer konkreter Sinn unterlegt werden muß, als Anspruchsgrundlage ein in Übereinstimmung mit der sozialen Grundidee zu schaffendes Gesetz notwendig. Nur in Ausnahmefällen, wenn ein soziales Eingreifen unbedingt notwendig ist und die erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt, kann der Sozialstaatsgedanke unmittelbar zur Anspruchs begründung mit herangezogen werden.

Zum zweiten bewirkt der Sozialstaatsgedanke eine Verpflichtung des einzelnen gegenüber dem Staat und das Entstehen staatlicher Eingriffsrechte selbst in den Bereich der Grundrechte (vgl. den Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung in Art. 2, Abs. 1 GG) bis zur Grenze des Eingriffs in ihren Wesensgehalt. Mit der verfassungsmäßigen Proklamierung der Sozialstaatsidee muß die liberale Vertragskonzeption des Staates als überholt angesehen werden. Das Verhältnis von Staat und Staatsbürger ist im Sozialstaat nicht mehr das zwischen einer Versicherungsgesellschaft gegen innere und äußere Bedrohung und dem einzelnen, sondern das eines einzelnen zu einer Gemeinschaft, in die er hineingewachsen und für die er mitverantwortlich ist. Hier aus diesem Gedanken des Sozialstaates heraus finden Institutionen wie die progressive Besteuerung und das Kindergeldgesetz überhaupt erst ihren Sinn und ihre Rechtfertigung. Insbesondere aber ist festzuhalten, daß der Sozialstaatsgedanke auch das Verhältnis der einzelnen Staatsbürger untereinander von Verfassungen wegen regelt. Das Grundgesetz hat ein hohes Bild vom Menschen und seiner Würde aufgestellt. Dieser Würde des Menschen aber entspricht zugleich seine Verantwortlichkeit. Der Mensch lebt nicht als isoliertes Individuum, sondern in der Gemeinschaft, und dieser

²⁰²⁾ Fechner, RdA 55/161

Gemeinschaft gegenüber und damit auch jedem anderen Glied dieser Gemeinschaft gegenüber ist er verantwortlich, muß er Rücksichten nehmen.

Diese Verantwortlichkeit des einzelnen für seine Mitbürger wurde früher als rein moralische Verpflichtung aufgefaßt. Inzwischen aber hat sich, wenn auch zunächst noch im begrenzten Rahmen, die Vorstellung entwickelt, daß die Verantwortlichkeit für den anderen auch Rechtsgebot sein kann (vgl. § 330 c StGB). Diese Verantwortlichkeit des Staatsbürgers gegenüber den Mitbürgern aber hat, wie Menger richtig, wenn auch noch sehr unverbindlich und ohne weitere Konsequenzen zu ziehen, dargelegt hat, ihren Ausdruck gefunden in der Sozialstaatsklausel, und aus ihr erwachsen dem Staatsbürger gegenüber allen anderen gewisse Verpflichtungen, schon deshalb, weil eine Staatszielbestimmung wie die hier vorliegende ihrem Wesen nach weit ausgelegt werden muß und Grundlage nicht nur des Verhaltens der Staatsorgane, sondern auch der sozialen Gruppen und einzelnen sein muß, die den Staat ja überhaupt erst bilden und durch ihr Verhalten das Staatsziel erst in eine soziologische Wirklichkeit umwandeln können.

Zwar kann man aus der Sozialstaatsklausel in der Regel kein unmittelbares Leistungsgebot gegenüber anderen Individuen entnehmen, zumindest keines rechtlicher Natur, denn die Daseinsfürsorge wird durch den Staat verwirklicht und der einzelne sozialgebundene Staatsbürger leistet seinen Beitrag hierzu auf dem Weg über den Staat, sie bedeutet aber, daß jeder einzelne sich insofern sozial im Sinne Mengers, also rücksichtsvoll, zu verhalten hat, daß er die Lebenssphäre des anderen absolut respektiert.

Sozial heißt also auch, und hier berührt sich dieser Begriff eng mit der Achtung der Menschenwürde, Verpflichtung zur Anerkennung des Mitbürgers und zum Verzicht auf eine Ausdehnung der eigenen Persönlichkeit in Bereiche hinein, wo diese mit der des Mitbürgers kollidieren müßte.

XII. Die Begründung der „Drittwirkung“ aus den Prinzipien der

Menschenwürde und der Sozialstaatlichkeit.

Aus diesen Überlegungen über das Wesen des Sozialstaates ergibt sich, daß die Freiheitsrechte im Bonner Grundgesetz im Gegensatz zu denen der Weimarer Verfassung eine echte Drittwirkung haben, d. h. sich nicht nur gegen den Staat, sondern auch gegen andere „soziale Gewalten“ und sonstige Private richten.

Es ist bereits untersucht worden, daß schon das Prinzip der Menschenwürde und der Gedanke, daß der Staat verpflichtet ist, diese Menschenwürde und ihre Konkretisierung für die jeweilige historische Situation in Gestalt der Grundrechte zu schützen, ein starkes Indiz dafür ist, daß dieser Schutz nicht nur gegen seine eigenen Organe, sondern auch gegen private Dritte gerichtet sein muß.

Wenn man aber die Sozialstaatsklausel als Staatszielbestimmung, wie es nach dem oben Ausgeführten geschehen muß, nicht nur für

den Staat und seine Organe, sondern für jeden Staatsbürger als verpflichtend ansieht, dann ergibt sich auch daraus, daß die Grundrechte drittergerichtet sein müssen. Der Staat des Bonner Grundgesetzes ist, wie bereits dargelegt, nicht mehr der liberale Staat, der die einzelnen unverbunden nebeneinanderstellt und lediglich darauf sieht, daß eine Reihe von privaten Rechten des einzelnen durch den anderen nicht verletzt werden. Es ist ein Staat, in dem die Bürger seiner Konzeption nach bei aller Anerkennung ihres Eigenwerts und ihrer Eigenständigkeit zu einer Einheit verschmolzen sind und für den Staat wie auch für den Mitbürger eine echte Verantwortung tragen, zumindest aber zu einer weitgehenden Rücksichtnahme gehalten sind. Damit aber ist jeder einzelne nicht nur ethisch, sondern auch rechtlich verpflichtet, die Grundlagen der Existenz eines anderen nicht anzugreifen.

Zu diesen Grundlagen aber gehören zweifelsfrei auch die Grundrechte, wenn man sie, was wohl geschehen muß, als Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde entsprechend den jeweiligen soziologischen Gegebenheiten für eine bestimmte Zeit betrachtet. Grundrechte mögen nicht unwandelbar sein; das ist nur das ihnen zugrunde liegende Prinzip der Menschenwürde; für die gegebene Zeit jedenfalls stehen sie auf der höchsten Stufe des Rechts, sie stellen die höchsten Rechtsgüter dar, die der einzelne besitzt.

Es wäre demnach sinnwidrig, wenn der Staat irgendwelche historisch überkommenen, praktisch bedeutungslosen Privatrechte schützte und Prinzipien, deren hohen Wert er selbst durch die Aufnahme in den Grundrechtsteil der Verfassung anerkannt hat, schutzlos ließe gegenüber dem Zugriff Dritter.

1. Zu dem Argument der historischen Entwicklung der Grundrechte.

Hiergegen vermag auch das Argument nicht zu überzeugen, daß nach ihrer historischen Entwicklung und dem Willen der Verfassungsschöpfer den Grundrechten keine Drittwirkung eingeräumt werden sollte. Zwar sind die Entwicklungsgeschichte und der Wille der Gesetzgeber ein Moment der Auslegung, aber bei weitem nicht das entscheidendste. Jede Auslegung eines Gesetzes und letztlich einer Verfassung muß danach streben „die juristische Wirkungskraft der betreffenden Form am stärksten zu entfalten“²⁰³).

Wenn sich aus übergeordneten Verfassungsprinzipien wie dem Satz von der Menschenwürde und der Sozialstaatsentscheidung des Grundgesetzes ergibt, daß eine Drittwirkung der Grundrechte auch gegenüber Privaten zur Schaffung einer Verfassungswirklichkeit, die den Vorstellungen des Verfassungsgebers entspricht, notwendig ist, dann müssen die untergeordneten Normen des Grundrechtsteils gemäß

²⁰³) Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, S. 9 – Für weite Auslegung der Grundrechte auch: Hamann: Grundgesetz, S. 59

diesen Prinzipien auch ausdehnend und über ihren historischen Gehalt hinaus ausgelegt werden.

2. Drittwirkung nur für Freiheitsrechte.

Allerdings muß man eines dabei klar herausstellen, um sehr vielen Kontroversen, die über die Drittwirkung entstanden sind, von vornherein den Boden zu entziehen. Echte Drittwirkung haben von den Grundrechten nur die Freiheitsrechte, die Rechte des „status negativus“, und auch diese nur im vollen Umfang, soweit sie durch „unerlaubte Handlungen“ Dritter verletzt werden. Das hat Dürig, wie Laufke²⁰⁴⁾ richtig herausgestellt, übersehen, wenn er die Drittwirkung gerade an den Fällen bürgerlich-rechtlicher Verträge prüft.

Das Sozialstaatsprinzip, auf dem die Drittwirkung entscheidend aufbaut, kann Dritten gegenüber nur so ausgelegt werden, daß sie sich gegenüber dem Mitbürger jeglicher Angriffe zu enthalten haben, während die sozialen Leistungen auf dem Umweg über den Staat erbracht werden. Deshalb kann es auch, und hier ist Dürig²⁰⁵⁾ durchaus zuzustimmen, nicht Aufgabe eines Bürgers sein, dem anderen die Mittel zum Gebrauchmachen von Grundrechten zur Verfügung zu stellen.

Allgemein wird man sagen können, daß Grundrechte, soweit sie das Verbot eines Eingriffs in grundrechtlich gesicherte Bereiche ausprechen, sich an den Staat und an jeden Dritten richten; daß aber, soweit sie ein Leistungsgebot darstellen, sie nur den Staat verpflichten, ebenso wie die Institutsgarantien und die Grundrechte des status activus ihrem Wesen nach allein auf den Staat hin gerichtet sind.

3. Mittelbare oder unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte.

Nunmehr ist zu prüfen, ob diese Anwendung der Grundrechte im Zivilrecht direkt oder auf dem Weg über eine Generalklausel erfolgen soll²⁰⁶⁾.

Hierzu und zum Verhältnis von Grundrechten zum Zivil- bzw. Strafrecht wird man sagen können:

Soweit ein Grundrechtssatz zum Gegenstand eines Zivil- oder Strafgesetzes geworden ist, geht für den Zivil- oder Strafrechtsbereich dieses Gesetz nach dem Grundsatz der Spezialität vor. Deshalb wird auch bei einer Anerkennung der Drittwirkung der Grundrechte wohl nicht der von Dürig²⁰⁷⁾ befürchtete „schwarze Tag der Zivilrechtsprechung“ kommen, an dem eine Eigentums herausgabeklage auf Art. 14 GG gestützt werden würde.

Der Schutz der Menschenwürde wie auch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit kann ohne weiteres durch entsprechende

²⁰⁴⁾ Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 147

²⁰⁵⁾ Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 174

²⁰⁶⁾ Bosch-Habscheid, JZ 56/299

²⁰⁷⁾ Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 175

Auslegung der „wertbetonten Generalklauseln des Zivilrechts“ sichergestellt werden. Auch für diese Normen ist insoweit kein Bedürfnis für eine echte unmittelbare Drittwirkung gegeben.

„Sichtbar wird das Problem, ob die Grundrechte relative oder absolute Wirkung haben, erst, wenn ein Rechtsgut durch ein Grundrecht geschützt wird, das bisher keinen oder nur unvollkommenen privat- und strafrechtlichen Schutz bot, also eigentlich keine privat- und strafrechtliche „Vergangenheit“ hat“²⁰⁸⁾,

und diese Fälle, in denen weder das Grundrecht eine ausdrückliche zivil- oder strafrechtliche Konkretisierung gefunden hat, noch ohne weiteres unter einer der bisherigen Generalklauseln erfaßt werden kann, liegen durchaus vor. (Man denke nur etwa an die freie Berufsausübung, die freie Meinungsäußerung oder das ausdrücklich mit Drittwirkung versehene Recht der Koalitionsfreiheit sowie an das aus Art. 1 und insbes. Art. 2 GG fließende allgemeine Persönlichkeitsrecht). Alle diese Grundrechte würden sich nur unter Vergewaltigung des Systems in den Rahmen der jetzt bestehenden Generalklauseln hineinbringen lassen. Der einzige Weg, sie für das Zivilrecht fruchtbar zu machen, scheint vielmehr der zu sein, sie als absolute andere Rechte im Sinne von § 823, Abs. 1 BGB anzuerkennen. Damit aber erschöpft sich schon ihre Transformierungsmöglichkeit ins Zivilrecht, wie wir oben gesehen haben, so daß sie nur Schutz gegen Eingriffe anderer darstellen, also wiederum eine Ueberlegung, die dazu führt, daß nur echte Freiheitsrechte Drittwirkung haben können.

4. Vertraglicher Verzicht auf die Geltendmachung von Grundrechten.

Damit erledigen sich auch die Angriffe, die insbesondere Dürig dagegen gerichtet hat, daß man die Vertragsfreiheit unter dem Hinweis auf die Grundrechte einschränke. Solche Einschränkungen der Vertragsfreiheit kommen nur in seltenen, noch später zu untersuchenden Fällen in Betracht. Grundsätzlich wird man zustimmen dürfen, wenn Dürig²⁰⁹⁾ ausführt:

„Unter Privaten bestimmt wenigstens teilweise immer noch der konkrete Private selbst die Wertmaßstäbe für seine Menschenwürde, während die Menschenwürde dem handelnden Staat gegenüber immer als in abstracto feststehend und dem Menschen als solchen zustehend anzusehen ist“,

mit der Folge:

- a) „Es gibt nach wie vor eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit, sich ungleich behandeln zu lassen, ohne daß Art. 3 GG entgegensteht.
- b) Es gibt nach wie vor eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit, von Einzelfreiheiten keinen Gebrauch machen zu wollen.

²⁰⁸⁾ Hildegard Krüger, RdA 54/368

²⁰⁹⁾ Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 163

- c) Es gibt nach wie vor eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit, andere ungleich behandeln zu dürfen (Schenkungen und letztwillige Verfügungen nur zu Gunsten von Glaubensgenossen, nur zu Gunsten von männlichen Abkömmlingen usw. – trotz Art. 3 II und III).
- d) Es gibt nach wie vor eine zivilrechtlich rechtmäßige Freiheit, von anderen vertragliche Verzicht auf Grundfreiheiten anzunehmen und von anderen die Erfüllung der Verträge trotz dabei auftauchender Freiheitsbeschränkungen zu verlangen²¹⁰⁾,

Tatsächlich ist es so, daß allgemein die jetzt geltenden Grundrechte als Konkretisierung der Menschenwürde für jeden einzelnen in unserer heutigen historisch-soziologischen Situation angesehen werden. Diese Annahme ist verbindlich für den Staat und für jeden Dritten, der ohne Zustimmung des Berechtigten in sie eingreifen möchte.

Genau so aber, wie bisher schon der Berechtigte auf sein Eigentum verzichten konnte, so ist es auch heute jedem einzelnen freigestellt, auf Grundrechte und aus ihnen fließende Befugnisse zu verzichten. Allerdings gilt das nicht schrankenlos. In dem Augenblick, in dem der Wesensgehalt eines Grundrechts verletzt wird, wird gleichzeitig das Grundprinzip der Menschenwürde angetastet, denn wenn auch nicht jede Nichtausübung eines Grundrechts das Prinzip der Menschenwürde antasten mag, so ist es doch so, daß ein vollständiger Verzicht auf ein Grundrecht die Persönlichkeit nach einer Seite hin schutzlos, geknebelt, entwürdigt zurückläßt. Dabei wird man jedoch beachten müssen, daß ein derartiger Verzicht, wenn er in dieser Beziehung das Maß der Privatautonomie übersteigen soll, nicht in einem einmaligen Nichtgebrauchmachen von dem Grundrecht liegen kann, mag dieser einmalige Verzicht noch so weitgehend sein, sondern nur in einem Verzicht auf längere Dauer, also in einem generellen Verzicht auf die Entschließungsfreiheit²¹¹⁾.

Wenn dieser aber vorliegt, dann ist mit der Überschreitung der Grenzen des Wesensgehaltes des Einzelgrundrechtes auch die Menschenwürde verletzt, und diese durch einen Vertrag oder ein sonstiges Rechtsgeschäft bewirkte Verletzung der Menschenwürde hat eine Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes zur Folge, weil dieses gemäß § 138 BGB gegen die guten Sitten, zu denen auch die Achtung der Menschenwürde gehört, verstößt. In der Tat hat die Rechtsprechung schon immer Knebelungsverträge, die die oben umrissenen Voraussetzungen erfüllen, als sittenwidrig und nichtig angesehen.

Nipperdey²¹²⁾ geht also zu weit, wenn er annimmt, daß Verträge, die gegen die Grundrechte verstoßen, generell nichtig seien, weil niemand auf die mit seiner Menschenwürde verbundenen Rechte verzichten könne, weil er übersieht, daß es gerade Teil der Menschenwürde ist, eigenverantwortlich darüber zu bestimmen, wo man auf die aus den

²¹⁰⁾ Dürig, aaO., S. 159

²¹¹⁾ so im Ergebnis für Art. 12: Benisch, WuW 56/652

²¹²⁾ RdA 50/125

Grundrechten fließenden Befugnisse für den Einzelfall verzichten will²¹³⁾.

Zwar sind die Grundrechte „nicht in das freie Belieben des einzelnen gegeben. Man kann sich ihrer nicht nach Belieben entäußern, denn sie kommen dem Menschen nicht um seiner Willkür willen, sondern wegen seiner sittlichen Bestimmung zu“²¹⁴⁾, aber da jede Sittlichkeit Verantwortlichkeit ist und jede Verantwortlichkeit Entscheidungsfreiheit, so liegt gerade die sittliche Bewährung des Menschen darin, daß er in einem gewissen Rahmen auf seine grundrechtlichen Befugnisse verzichten kann und stets darüber wachen muß, daß er nicht durch einen zu weit gehenden Verzicht die Würde seiner eigenen Persönlichkeit verletzt.

5. Drittwirkung und Verwirkung von Grundrechten.

Aus diesem System ergibt sich auch ganz klar, daß das Argument von Dürig, daß die Aberkennung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG die Privatrechtsposition unberührt lasse und deshalb schon eine Drittwirkung ausgeschlossen sei²¹⁵⁾, nicht überzeugen kann. Zwar ist seine Voraussetzung, daß die Verwirkung gemäß Art. 18 GG nicht etwa die privatrechtliche Substanz des verwirkten Grundrechts, beispielsweise des Eigentums, ergreift, durchaus richtig²¹⁶⁾, da die Wirkung des Art. 18 nur die ist, daß sich der Betroffene gegenüber staatlichen Stellen nicht mehr auf das Grundrecht berufen kann²¹⁷⁾.

Wenn aber, wie bei dem Eigentum, eine echte Drittwirkung überhaupt nicht mehr eintritt, weil das Grundrecht für die Privatrechtssphäre bereits konkretisiert ist, muß die Verwirkung auch das Privatrecht „Eigentum“ unberührt lassen.

Kritisch könnte die Frage nur werden in dem Falle, daß etwa die privatrechtlich nicht besonders gesicherte Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG verwirkt wäre. Dann könnte es fraglich sein, ob und wo die Berufsfreiheit noch einen Schutz gegen Eingriffe Dritter hätte. Diese Frage braucht aber im einzelnen nicht untersucht zu werden.

XIII. Kartelle verstoßen generell gegen die Grundrechte anderer aus Art. 12 bzw. Art. 2

Nachdem somit festgestellt ist, daß die Grundrechte Drittwirkung haben, ist als weitere Frage zu prüfen, ob die Kartelle deshalb verboten werden können oder gar müssen, weil sie notwendigerweise

²¹³⁾ so auch sinngemäß: Bosch-Habscheid, JZ 56/300 – Dürig, AöR 81/124 – Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, S. 52 (wenn auch in engen Grenzen) – Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, S. 82/83 – Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, S. 168 – Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 107

²¹⁴⁾ Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 178

²¹⁵⁾ Grundrechte und Zivilrechtsprechung, S. 175/176

²¹⁶⁾ Geiger, Kommentar zum Gesetz ü. d. Bundesverfassungsgericht, S. 146 – Scupin, Die Rechtslage der Wirtschaft unter dem Bonner Grundgesetz, S. 12

²¹⁷⁾ v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, S. 115 – Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 106 – Wernicke, Bonner Kommentar zu Art. 18, S. 11 – OAG Rheinland/Pfalz, RdA 54/158 – (sehr einschränkend auch hinsichtlich der Eingriffsmöglichkeiten des Staates): Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Anm. 2 zu § 39

gegen Grundrechte anderer verstoßen. In Frage käme einmal das Grundrecht der Berufs- und Gewerbefreiheit gem. Art. 12 GG, zum zweiten das Recht der persönlichen Entfaltungsfreiheit gemäß Art. 2, Abs. 1 GG.

1. Die Geltung des Art. 12 für juristische Personen.

Vorab ist zu prüfen, ob der Art. 12 GG auch gemäß Art. 19, Abs. 3 GG auf juristische Personen anwendbar ist, da neben natürlichen auch juristische Personen wirtschaftlich tätig sind und durchaus vorstellbar ist, daß in Einzelfällen nur juristische Personen von der Wirkung der Kartellierung betroffen werden.

Von einem Teil der Literatur und Rechtsprechung wird die Geltung des Grundrechtes der Berufsfreiheit für juristische Personen mit dem Hinweis darauf verneint, daß einen Beruf seinem Wesen nach nur eine natürliche Person ausüben könne²¹⁸⁾.

Demgegenüber vertritt die wohl überwiegende Meinung die Ansicht, daß die Berufsfreiheit, die gleichzeitig als Gewerbefreiheit aufgefaßt wird, auch juristischen Personen zukomme²¹⁹⁾.

Für die Entscheidung dieser Frage muß man einmal von der Definition des Berufes ausgehen, wie sie sich etwa bei Über²²⁰⁾ findet:

„Beruf im herkömmlichen Sinne ist jede auf die Dauer angestrebte und ausgeübte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient“,

und zum anderen von den bereits angestellten Überlegungen, die zu dem Ergebnis geführt haben, daß die in Art. 12 GG gewährleistete Berufsfreiheit gleichzeitig eine Gewerbefreiheit ist. Wenn man sich dies vor Augen hält, kann man nicht mehr bezweifeln, daß Art. 12 GG seinem Sinngehalt nach auf juristische Personen gemäß Art. 19, Abs. 3 GG Anwendung findet. Auch eine juristische Person kann sich so auf die Dauer betätigen, daß sie eine Existenzgrundlage sich schafft und erhält. Vor allem wäre eine Verbürgung der Gewerbefreiheit sinnlos, wenn sie sich nicht auch auf juristische Personen erstreckte, vor allem auch deshalb, weil oft bloße Zufälligkeiten darüber entscheiden, ob ein Gewerbe von mehreren etwa in der Form einer OHG oder einer GmbH betrieben wird.

2. Kartelle und Art. 12 GG

Wenn damit festgestellt ist, daß der grundrechtliche Schutz des Art. 12 GG sowohl für juristische als auch für natürliche Personen gilt, kann die Hauptfrage beantwortet werden, ob Kartelle notwendigerweise, (denn nur dann ist ein generelles präventives Verbot zulässig) die Berufs- und Gewerbefreiheit beeinträchtigen. Dabei ist

²¹⁸⁾ Haubleiter, DÖV 52/497 – Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, S. 52 – Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung, S. 39 – Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 81 – VGH Bebenhausen, DÖV 55/733

²¹⁹⁾ Abraham, Bonner Kommentar zu Art. 12, S. 8 – Becker, NJW 55/1738 – Hamann, BB 51/342 – Hamann, Grundgesetz, S. 134 – Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, S. 389, 568 – Scheuner, VVDStRL 11/5 – Wernicke, Bonner Kommentar zu Art. 19, S. 9

²²⁰⁾ Freiheit des Berufes, S. 83

es allerdings von keiner entscheidenden Bedeutung, daß evtl. die Berufsfreiheit der Kartellbeteiligten eingeschränkt wird. Man wird im Regelfall nicht soweit gehen können, daß man sagt, die Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, der sich der kartellierende Unternehmer unterwirft, müsse immer und in jedem Falle über die Grenzen des Wesensgehaltes des Grundrechts der Berufsfreiheit hinausgehen und damit seine Menschenwürde verletzen.

Vielmehr kann nur von der Frage ausgegangen werden, ob das Kartell seiner ganzen Tendenz nach in die Berufssphäre anderer, nicht Kartellgebundener eingreifen muß. Diese Frage wird man bejahen müssen. Der Sinn der Kartelle liegt in der Erlangung wirtschaftlicher Macht, und diese wirtschaftliche Macht hat ihrerseits nur dann Sinn, wenn sie ausgenutzt wird, sei es zur Einschüchterung, ohne daß es tatsächlich zu einem Kampf kommt, sei es im wirtschaftlichen Kampf. Deshalb muß jedes Kartell neben dem Kampf gegen die Ausbruchsbestrebungen der Mitglieder, sich zu einem weiteren wirtschaftlichen Kampf gegen evtl. Außenseiter und die Kundschaft, im einzelnen Falle auch die Lieferanten, bereit halten²²¹).

Die Mittel, mit denen dieser Druck ausgeübt wird, mögen mannigfaltig sein. Der Kampf gegen Außenseiter kann geführt werden mit gezielten Preisunterbietungen, Sperren, Boykotterklärungen, gezielten Treuerabatten und vielen anderen Mitteln, die im einzelnen durchaus nicht in allen Fällen an sich sittenwidrig zu sein brauchen.

Auch das Ziel des Kampfes gegen den Außenseiter kann ein verschiedenes sein: entweder ihn zum Anschluß zu veranlassen, oder ihn ohne formellen Anschluß zu einem Marktverhalten zu veranlassen, das dem der kartellierten Unternehmen gleicht, oder als ultima ratio, ihn wirtschaftlich zu vernichten.

Auch im „Kampf“ gegen die Lieferanten und Abnehmer sind die angewandten Methoden verschieden; aber auf jeden Fall sind diese Maßnahmen nur möglich, wenn dem Lieferanten oder Abnehmer eine solche marktbeherrschende Gruppe gegenübersteht, daß er praktisch mit seinem Angebot oder seiner Nachfrage nicht ausweichen kann.

In allen diesen Fällen ist es jedenfalls so, daß die Marktmacht des Kartells die mittelbar Betroffenen zu einem anderen Marktverhalten zwingt, als sie es ohne das Kartell in einem Zustande freier Konkurrenz gewählt hätten. Das aber bedeutet einen oft weitgehenden Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Unternehmers und damit einen Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Sphäre der freien Berufs- und Gewerbeausübung, zu deren Kern gerade diese Entscheidungsfreiheit gehört.

Damit wird man also, ohne zunächst noch zu einem abschließenden Ergebnis zu kommen, sagen können, daß in den Fällen, in denen ein Kartell kraft seiner Marktposition ein bestimmtes Verhalten seiner Konkurrenten, Lieferanten oder gewerblichen Abnehmer erzwingt, – und das ist ja gerade der Sinn eines jeden Kartells – deren Grundrechte aus Art. 12 GG verletzt werden.

²²¹) Lehnisch, Wettbewerbsbeschränkung, S. 141

Es ist keinesfall so, wie Huber²²²⁾ es darstellen will, daß die Eingriffe dieser organisierten Konkurrenz eine naturgesetzliche Zufälligkeit darstellen, der gegenüber der einzelne kein Recht auf Schutz hat. Es stimmt einfach nicht, daß der Unternehmer, wie er die Konkurrenz eines Einzelunternehmens, und wie er die sonstigen Verschlechterungen der wirtschaftlichen Verhältnisse hinnehmen muß, sich auch die Kollektivkonkurrenz gefallen lassen müsse. Der Unterschied liegt vielmehr darin, daß für Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse überhaupt niemand direkt verantwortlich zu machen ist und bei der individuellen Konkurrenz das Recht des einzelnen auf freie Entfaltung seiner gewerblichen Tätigkeit durch das gleiche Recht des anderen eingeschränkt wird, soweit dieser nur im Rahmen der geltenden Rechtsordnung bleibt, während bei dem kollektiven Konkurrenzkampf von vornherein die Absicht bei der Gründung des Kartells darin besteht, auf die Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit des anderen einzuwirken.

Anders ausgedrückt: Tritt der Einzelkaufmann einem anderen Einzelkaufmann gegenüber, so ist die wirtschaftliche Notwendigkeit, sich dieser Konkurrenz anzupassen, eine bloße Folge des erlaubten Verhaltens des anderen. Steht derselbe Einzelkaufmann aber einem Kartell gegenüber, so ist seine erzwungene Anpassung an diese Marktlage der Zweck des Handelns dieses Kartells.

3. Kartelle und Art. 2 GG

Damit dürfte für die weitaus meisten Fälle der Kartelle der Verstoß gegen die Grundrechte anderer nachgewiesen sein. Theoretisch wäre allerdings auch der Fall denkbar, daß ein Kartell alle Unternehmen eines Wirtschaftszweiges umfaßt und sich sein Marktkampf nur gegen den nichtgewerblichen Endverbraucher richtet. Dieser kann sich nicht auf die Gewerbefreiheit berufen, da für ihn der Abschluß eines Einzelhandelsvertrages etwa über Kohlen (ausgehend von der Konstruktion eines Kohlen-Syndikats, das mit eigenen Angestellten unmittelbar an den Letztverbraucher liefert), keinen gewerblichen, sondern einen privaten Charakter hat.

Dieses Syndikat würde – vorausgesetzt, daß es alle Bergwerke Deutschlands umfaßt – mit seiner Tätigkeit nicht gegen Art. 12 GG verstoßen, wohl aber gegen Art. 2., weil gerade für diese privaten Verträge, wie oben untersucht wurde, der grundrechtliche Schutz in Art. 2 GG gegeben ist und mit der Ausschaltung jeder Möglichkeit des Konsumenten, sich einen Vertragspartner auszusuchen und mit diesem die Vertragsbedingungen auszuhandeln, die Vertrags- und Konsumfreiheit insoweit aufgehoben ist.

Mit dieser Feststellung, daß die Kartelle notwendigerweise in allen Fällen die Grundrechte anderer, nämlich Art. 12 bzw. Art. 2 GG verletzen, ist allerdings noch nicht entschieden, daß diese Grundrechtsverletzung den Gesetzgeber zu einem Verbot der Kartelle ermächtigt, da diese sich ihrerseits wieder auf das Grundrecht des Art. 9, Abs. 1 GG stützen können.

²²²⁾ Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 13

Daß die Verletzung der Rechte anderer – und hierhin muß man nach den getroffenen Feststellungen auch die Grundrechte rechnen – nicht automatisch die Berufung auf ein Grundrecht unmöglich macht, haben wir bereits gesehen. Es gilt also in der Folge eine Entscheidung darüber zu treffen, ob Art. 9 GG oder die von den Kartellen verletzten Grundrechte den Vorrang haben.

XIV. Die Abwägung des Art. 9 GG gegenüber den Art. 12 und 2 GG in der Kartellfrage

An sich wird man sagen dürfen, daß in den Fällen einer Kollision zweier Grundrechte der Gesetzgeber grundsätzlich freie Hand hat, im Wege der einfachen Gesetzgebung zu bestimmen, welches Grundrecht in dem konkreten Falle als das schutzwürdigere angesehen werden soll. Nur in Ausnahmefällen kann sich diese Entscheidung schon aus der Verfassung ergeben, etwa in den Fällen, in denen ein ausdrücklicher Vorrang einer Grundrechtsbestimmung gegenüber etwaigen Verletzungen oder einer etwaigen Berufung auf andere Grundrechte schon im Grundgesetz statuiert ist (etwa bei der Koalitionsfreiheit des Art. 9, Abs. 3 GG).

Es ist jedoch auch denkbar, daß die besonderen Gegebenheiten des Einzelfalles eine bestimmte Lösung der Grundrechtskollision von dem Gesetzgeber verlangen, nämlich dann, wenn der Wertgehalt der auf der einen Seite zur Debatte stehenden Grundrechte in dem konkreten Falle ganz eindeutig den der auf der anderen Seite stehenden Grundrechte überwiegt.

Bei der Untersuchung, wie der Konflikt zwischen Art. 9, Abs. 1, auf den sich die Kartelle stützen, und Art. 12, bzw. 2 GG, die bei den Außenseitern, Lieferanten oder Abnehmer verletzt werden, zu lösen ist, kann man nicht zu Gunsten der Kartelle von der Vermutung ausgehen, wie dies Wallraff²²³⁾ und Krüger²²⁴⁾ tun, daß das Gebrauchmachen von der Freiheit, hier also von der Koalitionsfreiheit, grundsätzlich die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich habe, und daraus schließen, daß ein vorbeugender gesetzlicher Eingriff in diese Freiheitsrechte unzulässig sei.

Nach den bisher angestellten Untersuchungen ist es doch so, daß die Beeinträchtigung der Freiheitssphäre anderer bei den Kartellen nicht Folge, sondern Zweck ihres Wirkens ist, und angesichts dieses Zweckes, ohne den Kartelle keine Kartelle wären, kann diese allgemeine Vermutung des rechtmäßigen Gebrauchs der Freiheit nicht mehr gelten, weil sie durch die eigene Zwecksetzung der Betroffenen widerlegt ist. „Auch im Verfassungsrecht geht es um den rechtlichen Schutz sozialer Güter, wenn auch mit anderen Mitteln als im Strafrecht. Anlaß zu einer Abwägung bietet im Straf- wie im Verfassungsrecht die Kollision der Rechtsgüter“²²⁵⁾.

²²³⁾ Zum Kartellproblem, S. 33

²²⁴⁾ Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 27

²²⁵⁾ Fikentscher, WuW 55/213

Im vorliegenden Falle steht auf der einen Seite das Rechtsgut der Vereinigungsfreiheit, d. h. also, das schutzwürdige Interesse des einzelnen, sich zu erlaubten Zwecken mit anderen ungestört von staatlicher und privater Einflußnahme zusammenzufinden. Auf der anderen Seite steht das Recht des Gewerbetreibenden, seinen Beruf und dem Erwerb seines Lebensunterhalts ungestört von solchen Eingriffen nachzugehen, die nicht der Gesetzgeber im Interesse der übergeordneten Gesamtheit für unbedingt notwendig erachtet. An sich wird man aus dieser Rechtsgüterabwägung nicht sagen können, daß unbedingt eines der beiden Rechtsgüter schutzwürdiger ist.

Die Lösung läßt sich aber daraus finden, daß es gerade Zweck der Kartelle ist, die Freiheit der anderen zu beeinträchtigen, und diese ausschließliche Zielrichtung ist es, die die Berufung auf die Vereinigungsfreiheit als mißbräuchlich erscheinen läßt. Nicht weil die Kartelle tatsächlich die Berufs- und Vertragsfreiheit anderer einengen (das tut jede Konkurrenz), sondern weil sie ihren primären Zweck darin sehen, können sie nicht beanspruchen, vom Staat geschützt zu werden. Damit aber ist es den Kartellmitgliedern versagt, sich einem evtl. Verbotsgesetz gegenüber auf die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 GG zu berufen.

XV. Kartellverbot und Art. 3 GG

1. Die ungleiche Behandlung der verschiedenen Kartellarten.

Bei den Angriffen, die sich gegen ein Verbotsgesetz richten, weil es den Gleichheitsgrundsatz verletze, sollen zunächst einmal die Bedenken ausgeklammert werden, die sich dagegen richten, daß die Kartelle untereinander ungleichmäßig behandelt und auf einigen Sondergebieten nicht ebenso verboten werden wie im allgemeinen. Ob die Abgrenzungen, die der Gesetzgeber machen will und um die in den Bundestagsausschüssen zurzeit noch gerungen wird, berechtigt sind und ob tatsächlich bei allen Ausnahmen von dem Verbotsprinzip die Marktsituation ein anderes Verfahren nicht erlaubt, kann so lange nicht abschließend untersucht werden, als nicht der endgültige Wortlaut des Verbotsgesetzes vorliegt.

Immerhin wird man ganz allgemein gerade bei solch komplizierten volkswirtschaftlichen Gesetzen dem Gesetzgeber einen weitgehenden Ermessensspielraum lassen müssen dafür, was er volkswirtschaftlich als gleich und was er als ungleich behandeln will.

2. Die ungleiche Behandlung der Kartelle und marktbeherrschende Unternehmen.

Zu untersuchen ist allerdings noch der Angriff, der sich dagegen richtet, daß die marktbeherrschenden Unternehmen nur einer Mißbrauchskontrolle unterworfen, während die Kartelle generell verboten werden sollen.

Man muß dieser Ansicht zugeben, daß von dem Gesichtspunkt der Marktmacht aus gesehen die marktbeherrschenden Unternehmen oft mindestens so einflußreich sein können wie Kartelle und oft auch nicht davor zurückschrecken, diese ihre Marktposition gegen Konkurrenten, Abnehmer und Lieferanten rücksichtslos auszuspielen.

Dennoch ist die Situation beim marktbeherrschenden Unternehmen in einem entscheidenden Punkt ganz anders als bei den Kartellen. Das marktbeherrschende Unternehmen hat in der Regel eine lange Entwicklung hinter sich, bis es die jetzige Größenordnung erreicht hat. Die ihm eingegliederten früher selbständigen Werke sind nunmehr wirtschaftlich derart eng miteinander verflochten, daß die Einzelbetriebe, wie die berühmten und berüchtigten Entflechtungsmaßnahmen der Besatzungsmächte nach 1945 zeigen, auf die Dauer für sich gar nicht lebensfähig sind und zur Rückverflechtung schreiten müssen.

Die Kartelle hingegen sind eine losere Vereinigung von selbständigen Unternehmen, die zumindest ihre Produktionsstätten ohne tiefere Verflechtungen für sich bewahrt haben und jederzeit selbständig auf dem Markt auftreten können. Selbst in dem Falle des Syndikats, in dem die einzelnen Unternehmen auf eine Verkaufsabteilung verzichtet haben, läßt sich diese innerhalb verhältnismäßig kurzer Frist wieder aufbauen.

Dazu kommt aber als wichtigstes Argument, daß, während bei den marktbeherrschenden Unternehmen die starke Marktposition die Folge einer organischen Entwicklung ist und allmählich mit dem Wachsen des Unternehmens mitwuchs, sie bei dem Kartell letztlich der einzige Vereinszweck ist²²⁶⁾.

Daraus aber läßt sich der Schluß ziehen, daß es durchaus gerechtfertigt ist, den, der durch seine eigenen Leistungen die Marktmacht automatisch erwarb, lediglich zu kontrollieren, daß er diese nicht mißbraucht, d. h. sich im Wirtschaftsleben so benimmt, als ob er die Marktmacht nicht besäße, bei dem Kartell aber, dessen einziger Zweck die Erlangung der Marktmacht ist, von vornherein davon auszugehen, daß es auf jeden Fall die Marktmacht gebrauchen wird, was, wie wir bereits gesehen haben, an sich schon mißbräuchlich und nicht mit der Verfassung vereinbar ist.

Aus diesem Gesichtspunkt einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes kann also ein Verbotsgesetz gleichfalls nicht angegriffen werden.

XVI. Kartellverbot und Sozialstaatsprinzip.

Damit steht als Ergebnis fest, daß der Erlass eines Verbotsgesetzes an keiner konkreten Norm des Bonner Grundgesetzes, insbesondere an keiner Grundrechtsnorm, scheitert. Es muß allerdings festgehalten werden, daß mit diesen Überlegungen nicht etwa gesagt werden sollte, daß ein Verbotsgesetz von der Verfassung gefordert wird. Es steht vielmehr im Belieben des Staates, ob er aus Erwägungen der

²²⁶⁾ Biedenkopf, BB 56/479

Zweckmäßigkeit nur einen tatsächlich zu Tage tretenden Mißbrauch der wirtschaftlichen Macht im Einzelfall bekämpft oder ob er auf Grund der allgemein festgestellten freiheitsfeindlichen Tendenz der Kartelle und der notwendig mit ihnen verbundenen Grundrechtsverletzungen schon präventiv jede Kartelltätigkeit verbietet.

Der Form nach muß es sich bei einem evtl. Verbotsgesetz um ein Gesetz handeln, daß entweder das generelle Kartellverbot in bestimmten Fällen unter Nennung der eingeschränkten Grundrechte (also Art. 9 und 12 GG) ausdrücklich ausspricht oder aber auch fest umrissene Richtlinien gibt, nach denen Kartelle „auf Grund Gesetzes“ im Einzelfall verboten werden können.

Gegenüber diesen Feststellungen greift, und das soll der letzte Punkt dieser Untersuchung sein, auch nicht die von den Kartellfreunden öfters vorgebrachte Behauptung durch, daß die Kartelle in der weitaus größten Zahl der Fälle nicht zu einer ungerechtfertigten Steigerung der Gewinne geschaffen würden, sondern echte „Kinder der Not“ zur Überwindung von Krisen darstellten.

Es mag dahin gestellt bleiben, ob diese wirtschaftliche Überlegung stimmt. Jedenfalls ist es so, daß ganz unabhängig davon, aus welchen Gründen dies geschieht, die Kartelle ihre Abnehmer letztlich mehr zahlen lassen, als sie ohne den Verband zu zahlen hätten, denn „jeder Kartellverband pflegt mehr oder weniger die Kosten und Lasten für die Erreichung seiner Ziele auf die Verbraucher abzuwälzen“²²⁷⁾.

Diese Abwälzung aber ist genau das, was wir vorher schon festgestellt haben, nämlich eine Einschränkung der Vertrags- und Gewerbe-freiheit der Betroffenen, so daß es gleichgültig ist, ob das Motiv hierzu der Wunsch nach Erzielung höherer Gewinne oder nur nach Vermeidung oder Verringerung von Verlusten (in jedem Fall also einer Verbesserung der Ertragslage auf Kosten schwächerer Marktpartner) ist.

Von den Kartellfreunden wird des öfteren auch vorgetragen, daß, weil eine wirkliche soziale Marktwirtschaft sich nur durch Einschränkungen des Wettbewerbsprinzips verwirklichen lasse, das oft zum wirtschaftlichen Ruin führen könne, den Kartellen als sozialen und volkswirtschaftlichen Selbsthilfeorganisationen eine bedeutende Rolle bei der Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens zukomme und sie deshalb nicht verboten werden dürften²²⁸⁾.

Auch diese Überlegung, so richtig ihre Ausgangspunkte sein mögen, ist sehr einseitig. Gewiß mag es im Einzelfall erforderlich sein, in Krisenzeiten den uneingeschränkten Vernichtungswettbewerb sich nicht bis zum Exzeß austoben zu lassen. Notwendig ist aber in diesem Fall ein Eingriff des Staates, der mit geeigneten Mitteln, gegebenenfalls mit einem Zwangskartell (dessen verfassungsmäßige Zulässigkeit hier nicht untersucht werden kann, die aber aus sozialstaatlichen Erwä-

²²⁷⁾ Wallraff, Zum Kartellproblem, S. 17 f.

²²⁸⁾ Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 19 f. – Isay, Entwurf, S. 27

gungen in solchen Fällen entgegen der Ansicht von Hamann²²⁹⁾ gegeben sein dürfte), mit kredit- und steuerpolitischen Maßnahmen, gegebenenfalls sogar Sozialisierungsmaßnahmen diesen volkswirtschaftlich schädlichen Zustand beenden kann. Die Bereinigung der Mißstände auf einem solchen Teiſmarkt den Unternehmern der jeweiligen Branche zu überlassen, bedeutet nur, ihrem Gruppenegoismus Gelegenheit zu geben, die Folgen der Krise auf andere abzuwälzen, wobei volkswirtschaftlich nicht nur nichts gewonnen, sondern die wirtschaftlichen Krankheitskeime nur weiter verstreut werden²³⁰⁾. Letztlich ist es doch so, daß an irgendeiner Stelle die von der kartellierten Industrie abgewälzten Verluste wieder auftreten müssen und damit die abgewendeten volkswirtschaftlichen Verluste einen anderen Industriezweig oder eine Abnehmergruppe besonders hart treffen, ohne daß man im Einzelfall angesichts des komplizierten volkswirtschaftlichen Mechanismus sagen kann, wer nun tatsächlich der durch die Kartellierung Geschädigte ist²³¹⁾.

Daß diese Schäden auftreten, muß durchaus nicht immer im Willen der Kartellierenden liegen. Sie müssen aber notwendigerweise entstehen, weil jeder wohl in erster Linie die Interessen seines Berufsstandes sieht und wahrt und diesem verständlicherweise im Rahmen der Gesamtwirtschaft gefühlsmäßig eine Rolle zuspricht, die ihm nicht zukommt. Welche Gruppe der Wirtschaft tatsächlich eine Stütze verdient und welcher anderen man die daraus entspringenden Belastungen zumuten kann, kann nicht von dem gruppenegoistischen Denken einzelner entschieden werden, sondern bedarf der Untersuchung durch objektive Fachleute im Dienste des Staates, die genügend Übersicht haben, um auch die Spätfolgen für andere Zweige der Volkswirtschaft zu sehen.

Es ist auch nicht etwa so, daß der Sozialstaatsgedanke die Zulässigkeit von Kartellen als Schutz der kleinen Unternehmen gegen marktbeherrschende Unternehmen zwingend erfordert und daran ein Kartellverbot scheitert, wie dies etwa Isay²³²⁾ und Huber²³³⁾ annehmen. Fraglich ist schon, ob solche Abwehrkartelle überhaupt notwendig sind, wenn, was in den vorliegenden Entwürfen vorgesehen ist, die marktbeherrschenden Unternehmen einer einschneidenden Kontrolle gegen jeden Machtmißbrauch unterliegen. Abwehrkartelle sind aber auch volkswirtschaftlich sinnwidrig, wenn sie lediglich eine Konkurrenzfähigkeit herstellen sollen, die bei normalem Leistungswettbewerb deshalb nicht gegeben wäre, weil der größere Marktpartner produktiver, billiger arbeiten und rationeller liefern kann. An einer Aufrechterhaltung an sich lebensunfähiger, weil unrationell arbeitender kleinerer Betriebe kann die Volkswirtschaft kein Interesse haben und ihr Schutz wäre deshalb nicht sozial, sondern unsozial, weil er eine mögliche Steigerung des Lebensstandards der Gesamtheit verhindert.

²²⁹⁾ Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 60

²³⁰⁾ Böhm, WuW 56/176 f. – Ritschl, Die Grundlagen der Wirtschaftsordnung, S. 71

²³¹⁾ Böhm, Aufgaben der freien Marktwirtschaft, S. 35

²³²⁾ Entwurf, S. 28

²³³⁾ Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots, S. 13 f.

Sozial kann nicht bedeuten Schutz eines einzelnen zu Lasten aller, solange nicht dieser Schutz notwendig ist, um dem einzelnen entweder das Leben überhaupt oder doch ein menschenwürdiges Dasein zu ermöglichen.

Was aber geschähe, wenn der einzelne kleine Unternehmer den wirtschaftlichen Existenzkampf mit dem größeren Unternehmen ohne Kartellierung nicht mehr weiter durchstehen könnte? Er müßte seine wirtschaftliche Selbständigkeit aufgeben und sein Unternehmen liquidieren und seinen Lebensunterhalt in einer abhängigen Stellung verdienen. Damit aber würde er noch nicht auf einen Stand gedrückt, in dem er sozial deklassiert oder menschenunwürdig leben müßte, denn man wird wohl nicht behaupten können, daß allein die berufliche Selbständigkeit Voraussetzung eines menschenwürdigen Lebens sei in einer Zeit, in der 90 % aller Menschen in abhängigen Stellungen arbeiten.

Damit steht als Ergebnis fest, daß Abwehrkartelle im Regelfall zur Verteidigung gegen unlautere Konkurrenz nicht nötig sind, weil ausreichende staatliche Eingriffs- und Schutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen, gegen echten Leistungswettbewerb aber ein Abwehrkartell des Mittelstandes volkswirtschaftlich unerwünscht und in keiner Weise von dem Sozialstaatsgedanken gefordert ist.

XVII. Die Ergebnisse dieser Untersuchung lassen sich also folgendermaßen zusammenfassen:

1. Wettbewerbsregelnde Absprachen, die nicht zu einer festen Kartellorganisation geführt haben, können deshalb verboten werden, weil sie sich auf das Recht der Vertragsfreiheit nur im Rahmen und in den Grenzen des Art. 12, Abs. 1 GG berufen können und dieser unter ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt steht.
2. Echte Kartellvereinigungen unterstehen dem grundrechtlichen Schutz des Art. 9, Abs. 1 GG. Sie verstoßen aber ihrer Tendenz nach notwendigerweise gegen die Vertrags- und Gewerbefreiheit gemäß Art. 2 und 12 GG. Der Konflikt zwischen diesen Grundrechtsnormen ist zu Gunsten der verletzten Freiheitsrechte in Art. 12 und 2 GG zu lösen, da es der Zweck der Kartellabrede ist, die grundrechtlich geschützte Freiheit anderer einzuschränken und damit eine Berufung auf die Vereinigungsfreiheit als rechtsmißbräuchlich erscheint.
3. Eine evtl. Berufung auf die Eigentumsfreiheit, Gleichheit vor dem Gesetz oder das Sozialstaatsprinzip sind nicht geeignet, ein Kartellverbot als verfassungswidrig erscheinen zu lassen.

Lebenslauf.

Am 19. Juni 1931 wurde ich in Frankfurt/Main als Sohn des Bankvorstehers Franz Christian Helm und seiner Ehefrau Wilhelmine, geb. Möller, geboren.

Von Ostern 1937 bis Herbst 1941 besuchte ich die Volksschule in Neu-Isenburg, anschließend das Goethe-Realgymnasium für Jungen Neu-Isenburg. Am 15. März 1951 bestand ich dort die Reifeprüfung „Mit Auszeichnung“.

Mit dem Sommersemester 1951 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main, das mit der am 20. Januar 1955 „befriedigend“ bestandenen ersten rechtswissenschaftlichen Staatsprüfung abschloß.

Meine akademischen Lehrer waren in erster Linie die Herren Professoren Ridder, Schlochauer, Böhm, Claß, Coing, Schiedermaier und Wolf. Seit dem 1. Mai 1955 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst.

